الحاشية الثانية

على مكاسب آية الله العظمى الحاج شيخنا المرتضى نوّر الله مرقده

لسماحة الحجة حضرة الحاج الشيخ محمد الأمامي الخوانساري دام ظله العالي

بسم الله الرحمن الرحیم

الحاشيه الثانيه على المكاسب

كاتب:

محمد امامی خوانساری

نشرت فی الطباعهٔ:

مجهول (بی جا ، بی نا)

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

الحاشيه الثانيه على المكاسب (للخوانسارى)

اشاره

نام كتاب: الحاشيه الثانيه على المكاسب موضوع: فقه استدلالى نويسنده: خوانسارى، محمد امامى تاريخ وفات مؤلف: ۱۳۳۲ ه ق زبان: عربى قطع: وزيرى تعداد جلد: ۱ تاريخ نشر: ه ق نوبت چاپ: اول ملاحظات: همراه با" الحاشيه الأولى على المكاسب" در يك جلد چاپ شده است

ص: ۱

[مقدمه المحشى]

الحاشيه الثّانيه على مكاسب آيه اللّه علم الهدى شيخنا المرتضى نوّر اللّه مرقده

لسماحه الحجّه وحيد عصره الحاجّ الشّيخ محمّد الإماميّ الخوانسارى دام ظلّه العالى بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

الحمد للّه ربّ الأرباب، و مسبّب الاسباب، الّذى جعل الدّنيا دار السّعى و الاكتساب، و الآخره دار الثّواب و العقاب، و الصّلاه و السّلام على سيّد الرّسل الصّادع بشرائع الاسلام و محاسن الآداب، و على آله الاطياب الانجاب، ولاه الحقّ و شفعاء يوم الحساب

و بعد فيقول العبد محمّد عفى عنه نجل العلّامه وحيد عصره الشّيخ محمّد على الامامى النجفى الخوانسارى نوّر اللّه سرّه و طيّب ثراه، و جعل بحبوحه الجنّه مثواه هذه تعليقه ثانيه حرّرتها حين البحث و النّظر مرّه اخرى فى كتاب المكاسب تصنيف الشّيخ الاجلّ علم الهدى، و منار العلم و التّقى مؤسّس مبانى الدّين استاد المجتهدين الحاج الشّيخ مرتضى الأنصارى أنار اللّه روضته و اناله رضوانه و رحمته و نحن فى عصر قد درست اعلام الهدى و الرّشاد و ظهرت آثار الردى و الفساد، و تراجع سوق الفقاهه الى الكساد، بل تضعضع بنيان الحقّ و اركانه، و تزعزع شأن الباطل و تمادى طغيانه و الرّجاء من اللّه تعالى ان يثبّت قلبنا على دينه و لا يزيغه بعد هدايته و يعاملنا بفضله و رحمته و ينفعنا بما كتبناه يوم النّشور و يجعله تجاره لن تبور انّه هو العزيز الغفور و ان شئت فسمّه بالمواهب فى حاشيه المكاسب، و منه جلّ جلاله التّوفيق، و عليه سبحانه التّكلان

[فى المكاسب المحرمه]

[النوع الأوّل الاكتساب بالأعيان النجسه عدا ما استثنى]

[فيه مسائل]

[مسأله فى حرمه بيع العذره النجسه]

قوله (و جمع الشّيخ بينهما بحمل الاوّل

و ربما يحكى عنه انّ الأقرب عنده حمل قوله (ع) لا بأس ببيع العذره على الاستفهام الانكارى

قوله (و فیه ما لا یخفی من البعد)

و ذلک من جهات

منها انّ روایه محمّد بن مضارب المرویّه فی الکافی ضعیفه بجهاله الرّاوی فانّ المذکور فی کتب الرّجال محمّد بن مصادف مولی أبی عبد اللّه (ع) لا مضارب

و منها انّ الرّوایه غیر قابله لمعارضه الاخبار العامّه و الخاصّه و مخالفه للشّهره و الاجماعات المنقوله فکیف تکون قرنیه علی حمل تلک الاخبار علی الکراهه

و منها انّ فی الاخبار المانعه ما یکون

غير قابل للحمل على الكراهه كلفظ السّحت و الميته فعن دعائم الاسلام عن علىّ عليه السّلام انّ رسول اللّه (ص) نهى عن بيع العذره و قال هى ميته

قوله (و ابعد منه ما عن المجلسى)

وجه الا بعديّه انّ الجمع الدّلالى انّما يصحّ لو كان ممّا يساعده العرف كالجمع بين النصّ و الظّاهر بحمل الاخير على غير النّص و الّا فقضيّه انّ الجمع مهما امكن اولى من الطّرح لا وجه لها و الجمع المذكور لا دليل عليه و لا شاهد هذا مضافا الى انّه يوجب اختلاف التّكليف بالنّسبه الى البلاد و امّا حمل خبر المنع على التّقيّه كما عن بعض ففيه انّ أبا حنيفه المعاصر للصّادق (ع) كان قائلا بالجواز و مقتضاه عكس ذلك و لا يخفى انّ الحمل على التقيّه طرح للخبر الموافق لها و ليس من الجمع بين الدّليلين كما فى الوجوه المتقدّمه

قوله (و الاظهر ما ذكره الشّيخ ره لو اريد)

الظّاهر انّه يريد ابطال ما ذكره وجها للجمع المنسوب الى الشّيخ و ان كان اقرب وجوه الجمع و ذلك بانّه لو كان الدّليلان نصّين و ظاهرين لكان الجمع المذكور متعيّنا و مقدّما على المرجّحات الخارجيّه لانّه من الجمع العرفى كتقديم الخاصّ على العام و لكنّ الانصاف انّ غايه ما يمكن ان يق للنّصيه و الظّهور من انّ نسبه حرمه البيع الى العذره يجعلها نصّا فى عذره الإنسان لانّها متيقّن الحرمه بالإضافه الى غيرها كما انّ من جهه الحكم بالإباحه فى الخبر الدالّ عليها يكون العذره نصّا فى عذره البهائم لانّها متيقّن الجواز بالنّسبه الى غيرها غير قابل للقبول مع كون اللّفظه واحده و ليس هذا من الجمع العرفى نعم لو اراد الشّيخ من هذا الجمع التبرّع بالحمل لقضيّه انّ الجمع مهما امكن اولى من الطّرح لكان له وجه و كان اولى من سائر المحامل و لكن هذه القضيّه لا دليل عليها اصلا كما بيّن فى الاصول فروايه الجواز لا يجوز الاخذ بها من وجوه

منها مخالفته للاخبار العامّه

و منها مخالفته للاجماعات المنقوله و الشّهره

و منها موافقته لفتوى ابى حنيفه المعاصر لأبى عبد اللّه (ع) فلا مناص الّا الذّهاب الى القول المشهور

قوله (لحمله اخبار المنع على عذره الإنسان و فيه نظر)

اعلم انّ الشّيخ فى يب حمل روايه الجواز على عذره البهائم من الابل و البقر و الغنم و الظّاهر انّ مراده مطلق مأكول اللّحم لعدم القول بالفصل و فى الاستبصار حملها على عذره غير الآدميّين و يستظهر منه جواز بيع عذره غير الآدمى و ان كانت نجسه و فى هذا الاستظهار نظر للاجماع على حرمه بيع عذره غير مأكول اللّحم مطلقا فغرضه من عباره الاستبصار و لو بقرينه عبارته المذكوره فى يب حيث حمل خبر الجواز على عذره البهائم و مثّل له بالابل و البقر و الغنم هو خصوص مأكول اللّحم مطلقا و

قد صرّح فی الکتابین بجواز بیع الارواث الطّاهره و بالجمله فبالتأمّل یظهر توافق اقوال الشّیخ فی کتبه و انّ مختاره الفرق بین عذره الحیوان الغیر الماکول لحمه فلا یجوز بیعه و الماکول لحمه فیجوز

قوله فالمتعیّن التّعلیل بالنّجاسه)

لمّا کان الظّاهر انّ حکمهم بتبعیّه الامّ متفرّع علی عدم تملّک المنی و الّا لکان بمنزله البذر المملوک فالمتعیّن التّعلیل لحرمه بیعه بالنّجاسه لانّ هذا التّعلیل یعمّ صوره شراء صاحب الانثی الّتی وقع المنی فی رحمها و صوره شراء غیره و امّا التّعلیل بانّ الولد نماء الامّ فی الحیوانات فانّما یختصّ بالصّوره الاولی لعدم منفعه للمنی ح حتّی یصحّ بیعه و نقله لصاحب الانثی و لا یجری فی الصّوره الثّانیه الّا مع البناء علی عدم تملّک المنی

قوله (بطلان بیع ما فی اصلاب الفحول)

و یسمّی بالمضامین و هو اخصّ من عسیب الفحل لانّ الأخیر مطلق الماء سواء کان فی الأصلاب او ما تحرّک من المبدأ قبل الانتقال

[مسأله فی المعاوضه علی المیته]

قوله (و یمکن ان یق انّ مورد السّؤال عمل السّیوف)

فیه انّ الضّمیر فی مسّها راجع الی المیته بلا اشکال و مقتضی دلاله السّیاق و وحدته رجوع الضّمیر فی عملها و شرائها و بیعها إلیها أیضا

قوله (و الانصاف امکان ارجاعه الی ما ذکرنا فتأمّل)

قال فی التّذکره الفصل الرّابع العوضان و یشترط فیهما امور الاوّل الطّهاره مسئله یشترط فی المعقود علیه الطّهاره الاصلیّه فلا تضرّ النّجاسه العارضیه مع قبول التّطهیر و لو باع نجس العین کالخمر و المیته و الخنزیر لم یصحّ اجماعا لقوله تع فاجتنبوه و حرّمت علیکم المیته و الاعیان لا یصلح تحریمها و أقرب مجازاتها جمیع وجوه الانتفاع و اعظمها البیع فکان حراما و لقول جابر سمعت رسول اللّه (ص) و هو بمکّه یقول انّ اللّه تعالی و رسوله حرّم بیع الخمر و المیته و الخنزیر و الاصنام و ما عرضت له النّجاسه ان قبل التّطهیر صحّ بیعه و یجب اعلام المشتری بحاله و ان لم یقبله کان کنجس العین ثمّ قال بعد ذکر مسائل الشّرط الثّانی المنفعه مسئله لا یجوز بیع ما لا منفعه فیه لانّه لیس مالا فلا یؤخذ فی مقابله المال کالحبّه و الحبّتین من الحنطه و لا نظر الی ظهور الانتفاع اذا انضمّ إلیها امثالها الی ان قال مسئله ما اسقط الشّارع منفعته لا نفع له فیحرم بیعه کآلات الملاهی مثل العود و المزمر و هیاکل العباده انتهی و الانصاف عدم رجوع ما ذکره الی ما اراده المصنّف ره من جواز القول بالبیع اذا قلنا بجواز الانتفاع بجلد المیته و انّ المانع هو حرمه الانتفاع لا مجرّد النّجاسه فانّ الشّرط الاوّل صریح فی مانعیّه النّجاسه من دون نظر الی کون النّجس ذا

منفعه أم لا و لا ملازمه بين الشّرطين لانّ النّسبه بينهما عموم من وجه

و الظّاهر من الشّرط الثّانى هو عدم جواز بيع ما هو طاهر و لا منفعه فيه هذا مضافا الى انّ التّمثيل بالميته فى الشّرط الاوّل صريح فى انّ المانع هو النّجاسه و لعلّ الامر بالتأمّل إشاره الى ما ذكرنا ثمّ انّ اجماعهم على بيع العبد الكافر لا تأييد فيه لما اراده المصنّف فانّ اطباقهم على الجواز ليس لكونه ذا منفعه محلّله بل لعلّه لانّ نجاسته قابله للتّطهير بغير الاستحاله و هو الاسلام و قد عرفت فى كلام التّذكره انّ النّجس ان قبل التّطهير صحّ بيعه هذا مضافا الى خروجه عن حرمه بيع النّجس بالأخبار و الاجماع و امّا ما نقله من تعليل العلّامه لجواز بيع كلب الصّيد و التّعدى الى كلب الحائط و ان كان ظاهرا فى جواز بيع النّجس ان كان ذا منفعه محلّله و لكنّ التّعليل المذكور انّما هو بعد الاستناد لجواز بيع كلب الصّيد بالأخبار الخاصّه المجوّزه لذلك فكانّه أراد انّ بعد ورود النّص بالخصوص بجواز البيع لا مانع من حيث النّجاسه و يكون ذا منفعه محلّله أيضا و لا يستفاد منه انّ كلّ نجس له منفعه يجوز بيعه و ان لم يرد فيه نصّ بالخصوص كيف و قد علّل فى التّذكره عدم جواز بيع بعض ماله منفعه من النّجاسات كالعذره و غيرها بالنّجاسه و قال فى بيع الأرواث النّجسه و لا يجوز بيع السّرجين النّجس اجماعا منّا للاجماع على نجاسته فيحرم بيعه ه و من الظّاهر انّها ذات منفعه كثيره خصوصا للشّهيد و قال فى تعليل عدم جواز بيع جلد الميته بعد الدبّاغ بانّه لا يطهر بالدّباغ و من الظّاهر انّ له منافع محلّله فمن هذه القرائن و امثالها يستكشف انّ تعليله فى كلب الصّيد ليس ناظرا الى عدم مانعيّه النّجاسه اذا كان النّجس ذا منفعه و مع ذلك كلّه فقد يقوى فى النّظر صحّه ما افاده و يمكن ان يستفاد من جواز بيع العبد الكافر و كلب الصّيد و ان كان للنّص انّ مناط حرمه بيع النّجس هو حرمه الانتفاع به و انّ الشّارع أسقط ماليّه النّجس و منع عن بيعه اذا توقّف الانتفاع المقصود منه على الطّهاره و امّا لو لم يتوقّف عليها كالاستخدام الّذى هو مناط ماليّه العبد و الاصطياد الّذى هو مناط ماليّه الكلب فلا مانع من صحّه بيعه و ما ذكرناه من الوجه فى جواز بيع العبد الكافر من انّ نجاسته قابله للتّطهير فسيجى ء فى المتن انّه لا يتمّ فى بيع العبد المرتدّ الفطرى الّا بناء على قبول توبته كما انّ ما افاده ره فى اصل المطلب من انّ النّجس اذا كان له منفعه مقصوده محلّله و عدّ فى العرف مالا فمجرّد النّجاسه لا تصلح علّه للمنع كلام منطبق على القواعد فانّ اصاله الاباحه بمقتضى قوله (ع) كل شى ء لك حلال حتّى تعرف انّه حرام يخرجه عن موضوع قوله (ص) انّ اللّه اذا حرّم شيئا حرّم ثمنه مضافا الى أخبار خاصّه كروايه الصّيقل المذكوره فى المتن و لا

یستفاد من الاخبار العامّه کروایه تحف العقول و دعائم الاسلام المنع عن بیع النّجس بقول مطلق بحیث لا یقبل التّخصیص و انّ مناط حرمه البیع و فساده هو مجرّد النّجاسه بل یستفاد من التّعلیل الوارد فیهما انّ مناط الفساد هو توقّف استیفاء المنفعه المقصوده علی الطّهاره و لا یدلّان علی فساد البیع فیما لا یتوقّف استیفاء المنفعه المقصوده المحلّله علیها کالاستقاء بجلد المیته للبساتین و الزّرع فتأمّل

قوله (نعم لو قلنا بعدم وجوب الاجتناب)

بناء علی وجوب الاجتناب عن کلا المشتبهین فی الشّبهه المحصوره فعدم جواز بیع المشتبه ظاهر و امّا بناء علی القول بجواز ارتکابهما امّا مط أو مع ابقاء ما یحتمل بقاء الحرام بوجوده فکذلک لانّ اصاله الاباحه انّما تجری فیما لا یکون فی البین اصل موضوعیّ ینقّح الموضوع و یدرج المشکوک فی موضوع الحرام فی الشّبهه التحریمیّه و فی موضوع الواجب فی الشّبهه الوجوبیّه اذا کان هناک اصل موضوعیّ و اصاله عدم التّذکیه فی المقام یدرج المشتبهین فی موضوع الحرام فانّ غیر المذکّی یکون کالمیته اجماعا

فان قلت انّ هذا الاصل لموضوعیّ الجاری فی المقام مثبت اذ لا یترتّب علی اصاله عدم التّذکیه الّا کونه میته و هو لیس من الآثار الشّرعیه المترتّبه علی الأصل

قلت نعم و لکن غیر المذکّی له فی الشّرع حکم کالمیته و باجراء الاصل یحکم علی المشتبه بالحرمه من دون توسیط کونه میته فبناء علی القول بجواز ارتکاب احد المشتبهین او کلیهما اتّکالا علی اصاله الحلّ و ان کان مخدوشا هذا القول کما بیّن فی الاصول لا یجوز بیع احدهما فی المقام أیضا و ما ذکرناه من عدم جریان الاصول فی المشتبه اذا کان هناک اصل موضوعیّ جار فی الشّبهه البدویّه أیضا فانّ مقتضی الاصل الموضوعیّ الجاری اندراج الفرد المشکوک فیما علم حرمته نعم لو علمنا بقابلیّه الحیوان للتّذکیه و شککنا فی حلیّته و حرمته کان اصل البراءه مجدیا فی الشّبهه البدویّه و فی الشّبهه المحصوره بناء علی جریانها فیها فانّ الحکم ح مشکوک بنفسه و لیس فی البین اصل موضوعی و یکون کالشکّ فی حرمه التّتن لانّه لمّا علم انّ المذکّی من الحیوان علی قسمین معلوم الحرمه و معلوم الحلیّه و کان هذا الفرد المذکّی مشکوک الحلیّه کان مقتضی قبح العقاب من دون بیان و حدیث الرّفع حلیّته و لو اشتبه معلوم الحرمه من المذکّی بمعلوم الحلیّه منه صحّ القول بجواز ارتکاب احدهما اتّکالا علی اصاله الحلّ بناء علی القول بجواز الارتکاب فی الشّبهه المحصوره و کذا فی کلّ مشتبهین اذا کان الأصل فی کلّ منهما الحلّ و علم اجمالا بوجود الحرام فافهم

[مسأله فی حرمه التکسب بالخمر و کلّ مسکر مائع و الفقّاع]

قوله (و المراد به امّا اخذ الخمر مجّانا

ثمّ تخليلها)

و امّا شرائها لان يجعلها خلًّا فغير جائز بالاخبار الكثيره النّاهيه عن بيع المسكر الشّامله بعمومها لصوره قصد التّخليل مضافا الى قيام الاجماع على عدم الجواز مطلقا و الفرق بينه و بين العصير العنبى أنّ المنع عن بيع النّجس انّما هو فيما لم يكن قابلا للتّطهير بغير الاستحاله و العصير العنبى يقبله بالنّقص قال فى الجواهر بعد نقل كلام المحقّق و عدم استثناء الكلب و العبد الكافر ما هذا لفظه و لعلّ عدم استثناء المصنّف له لانّ محلّ البحث فى النّجاسات من حيث عدم قبولها التّطهير بغير الاستحاله و هو يقبله بالاسلام الّذى ليس باستحاله الى ان قال و امّا العصير العنبى اذا نشر و غلا من قبل نفسه حتّى صار خمرا فحكمه حكمه و اذا غلا بالنّار و لم يذهب ثلثاه و قلنا بنجاسته فيمكن القول بجواز بيعه لقبول التّطهير بالنّقص الّذى ليس استحاله انتهى

[مسأله فى حرمه المعاوضه على الأعيان المتنجّسه]

قوله (الثّامنه يحرم المعاوضه على الأعيان المتنجّسه)

من دون فرق بين المائع و الجامد الّذى لا يقبل التّطهير سواء كان مائعا و تنجّس ثمّ جمد امر أصابته النّجاسه و هو جامد و لم يكن له نفع محلّل مقصود مع النّجاسه و كما يجوز بيع المتنجّس اذا كان قابلا للتّطهير يصحّ بيعه اذا كان له حاله يئول إليها و يكون فى تلك الحاله قابله للطّهاره كالصّبغ المتنجّس فانّ المصبوغ يطهر بالغسل و بالجفاف و العجين اذا تنجّس فانّه يقبل التّطهير بعد ما صار خبزا يابسا و كذا الماء النّجس لقبوله الطّهاره ثمّ انّ المتنجّسات الّتى لا تقبل التّطهير على قسمين الاوّل ما يكون منفعته المقصوده الّتى يبذل بإزائها المال عند العقلاء حراما كالدّبس اذا تنجّس فانّ منفعته المقصوده هو الأكل و المنفعه النّادره لا عبره بها عند العقلاء و الشّرع فى اعتبار ماليّته و هذا حرام بيعه و الثّانى ما لا يكون منفعته المقصوده حراما لنجاسته كاكثر الجوامد من غير المأكول كالفضّه مثلا اذا تنجّس و هو مائع ثم جمد فانّ المنفعه المقصوده منها حاصله بدون التّطهير مضافا الى امكان تطهير ظاهرها و هذا جائز بيعه و اختار بعض جواز بيع بعض المائعات المتنجّسه كماء الورد و الخلّ و غيرهما ممّا لا يقبل التّطهير بقبولها له بالاستهلاك عند المزج بالماء المطلق العاصم و فيه نظر واضح فانّ صيرورتها ماء ليست من المنافع المقصوده منها

[و أمّا المستثنى من الأعيان المتقدّمه]

[يجوز المعاوضه على غير كلب الهراش فى الجمله]

قوله (و ان كان الاقوى بحسب الادلّه و الاحوط)

لما عرفت من انّه الاوفق بالعمومات المتقدّمه المانعه و امّا ما يظهر من ترتّب آثار الملك على هذه الكلاب كاجارتها و هبتها و وقفها و الوصيّه بها و كونها مهرا للنّكاح و عوضا للخلع و غير ذلك ففيه انّه لم يظهر ذلك من كلمات

القـدماء بـل الظّاهر انّ القول بجواز هـذه التصـرّفات مخصوص بالقائـل بجواز البيع كمـا فى الاجـاره ففى اجاره المبسوط اجاره الكلب للصّيد و حراسه الزّرع و الماشـيه صـحيحه لانّه لا مانع يمنع من ذلك و لأنّ بيع هـذه الكلاب يصـحّ و ما صـحّ بيعه صحّ استيجـاره انتهى و فى شـرح القواعـد و اذا جـاز بيعهـا جاز الاكتساب بها و المعامله عليها و جازت اجارتها و رهانتها و اهـدائها و هبتها و تربيتها الى غير ذلك ممّا يتبع ملكها ملكيّتها الخ هذا مضافا الى امكان ان يق انّ المنع عن البيع بسـبب النّصوص الحاصره لما يجوز بيعه فى الصّيود لا ينافى جواز سائر التصرّفات

[يجوز المعاوضه على الدهن المتنجّس]

اشاره

قوله (فقد صرّح جماعه بعدم اعتبار قصد الاستصباح)

منهم شارح القواعد الشّيخ جعفر ره و منهم صاحب الحدائق ره و الظّاهر انّ المشهور هو القول الثّانى و هو كفايه القصد و مختار المصـنّف فى جميع الصّور عدم اعتبار الاشتراط و القصد لعدم دليل صالح على اشتراط احدهما و ذكر الاستصـباح فى النّصوص غايه للاعلام فانّ المسـلم اذا اطّلع على نجاسته اشتراه للإسـراج و بيان لوجه الاسـتثناء من حكم العامّ و هو حرمه بيع النّجاسات و المتنجّسـات الغير القـابله للطّهـاره و قـد حكم ببطلان البيع فى خصوص ما لو كان الاستصـباح من المنافع النّادره للـدّهن و قصـد المتبايعـان المنـافع المحرّمه له و احتمل الصـحّه فيما لم يلتفتا الى المنافع اصـلا و لكنّ الإنصاف البطلان فى هـذه الصّوره و لزوم اشتراط قصد الاستصـباح فيما كان من المنافع النّادره و تفصـيله على وجه الاجمال انّه اذا كان الاستصـباح كذلك فان قصده فلا اشكال للنّص و ان قصد غيره من المنافع المحرّمه فلا اشكال فى البطلان و كذا ان قصده مع غيره لما ذكره المصنّف فيما لو كان الاستصـباح منفعه مقصوده متساويه لمنفعه الأكل المحرّم و كذا ان لم يقصد شـيئا من المنافع فانّ ما ذكره أوّلا من انّ ماليّه الشّى ء انّمـا هى باعتبـار منافعه المحلّله المقصوده منه لا باعتبار مطلق الفوائـد الغير الملحوظه فى ماليّته هو الحقّ الّذى لا محيص عنه و الكلام فى المقام بالنّسبه الى صور المسأله يحتاج الى بسط لا يسعنى الوقت

قوله المطلق المنصرف الى الفوائد المحرّمه فافهم)

توطئه لما سيذكره من امكان الصحّه فى صوره عدم الالتفات الى المنافع و عدم قصدها

قوله (بإزاء ثمنه هو النّفع المحرّم فافهم)

توطئه لامكان القول بالبطلان بمجرّد القصد

قوله وجوب الاعلام فهل يجب مط أم لا)

فى المسأله اقوال فعن العلّامه فى مطاعم القواعد كما فى الشّرائع و إيضاح النّافع و جماعه اخرى وجوب الاعلام وجوبا

نفسيّا قبل العقد او بعده و عن السّرائر و الخلاف و الدّروس و مجمع البرهان وجوب الاعلام شرطيّا و المحكيّ عن صاحب الحدائق الميل الى عدم الوجوب مط لا شرطيّا و لا نفسيّا و عن كشف اللّثام التّفصيل بين ما كان المشترى مسلما فلا يجوز البيع بدون الاعلام و ما كان كافرا فيجوز و عن حواشى الشّهيد انّه فرّق بين ما يكون الكافر محترم المال و عدمه حتّى يدخل الذمّى و يخرج الحربى و ذهب جماعه منهم المصنّف ره الى وجوب الاعلام شرطيّا بناء على القول باعتبار اشتراط الاستصباح او قصده و نفسيّا بناء على عدمه قبل العقد او بعده و هو حسن متين لانّ جمله من الاخبار المتقدّمه و غيرها ظاهره فى وجوب اعلام نجاسه الدّهن المتنجّس حال البيع و ادلّه أصل البيع غير مقيّده باخبار المشترى و ادلّه الاعلام أيضا لا تقييد فيها بانّه شرط فى الصحّه و الاطلاق يقتضى الوجوب النّفسى لانّ الوجوب الغيرى يحتاج فى افادته الى مئونه زائده فى الكلام و هو التّقييد و ليس الغرض من الاطلاق المستفاد منه الوجوب النّفسى هو اطلاق الهيئه حتّى يستشكل بانّ مفادها معنى حرفىّ و ليس قابلا للإطلاق و التّقييد بل الغرض هو التمسّك بإطلاق مجموع المادّه و الهيئه و المجموع معنى اسمىّ فاصاله الاطلاق فى الدّليلين يقتضى الوجوب النّفسى و انّ الامر بالاعلام ليس لبيان اشتراط الصحّه به بل لبيان ان لا يأكله هذا بالنّسبه الى الاعلام فى بيع الدّهن المتنجّس و امّا فى بيع غيره من المتنجّسات من مأكول أو ملبوس او غيرهما ممّا يباشره المشترى برطوبه فيقع فى الحرام الواقعى فالظّاهر وجوب الاعلام فانّ من باع النّجس او اعاره مع عدم الاعلام فقد اوقع المشترى الجاهل فى الحرام و استناد الفعل الى السّبب اقوى و لذا يستقرّ الضّمان عليه

مضافا الى أخبار كثيره دالّه على حرمه تغرير الجاهل بالحكم او الموضوع فى المحرّمات و امّا من لم يكن منه تسبيب كما لو راى نجسا فى يد غيره يريد أكله فالظّاهر عدم وجوب الاعلام للاصل و للاخبار النّاهيه عن امثال ذلك المحموله على الكراهه بل و كذلك لو اخذه من يده اخذ او من بيته من دون ان يكون هو الدّافع الّا فى مواضع خاصّه قد علم تعلّق نظر الشّارع بوجوب حفظها على كلّ احد كالنّفس المحترمه و التصرّف فى الفروج و الأموال بغير حقّ

قوله (و فيه مع انّ وجوب الاعلام على القول به

و مع انّه لو كان كذلك لزم عدم الوجوب فى صوره البيع باسقاط جميع الخيارات و ما ذكره المصنّف فى الجواب من انّ النّجاسه لا يكون عيبا الّا اذا ثبت كونها منكرا

واقعيّا و قبيحا و مع ثبوت ذلك حرم الالقاء فيه مع قطع النّظر عن مسئله وجوب اظهار العيب جيّد متين و قد تقدّم فى المتن اثبات ذلك و انّه لو لم يكن أكل الحرام و شربه من القبيح و لو فى حقّ الجاهل لا يكون الاحتياط مطلوبا مع الشكّ و كذا حرمه الالقاء فيه و مع ذلك كلّه العمده فى اثبات وجوب الاعلام هو التعبّد و الأخبار و لو كان الوجه كون النّجس قبيحا واقعيّا و يحرم الالقاء فيه لكان اللّازم التّفصيل بين صوره علم البائع بانّ المشترى لا يستعمله فيما يكون مشروطا بالطّهاره و غيرها

قوله و الاتّفاق المحكيّ لكن لو سلّم الانجبار)

انّ نفس الشّهره فى الفتوى و ان كانت محقّقه كما لا تكون حجّه فكذلك لا تكون جابره لضعف الرّوايه ما لم يعلم استنادهم إليها

قوله (لإبائها فى انفسها عنه و اباء المقيّد عنه)

امّا إبائها فى أنفسها فلما مرّ من انّها على كثرتها و ورودها فى مقام البيان ساكته عن هذا القيد و قد تقرّر فى محلّه انّ تقديم القيد على المطلق انّما هو بحسب النّوع لأقوائيّه ظهور القيد فى التّقييد من ظهور المطلق فى الاطلاق و الّا فاقوائيّه ظهور المطلق يبطل حكم حمل المطلق على المقيّد و امّا اباء المقيّد عنه فلعدم تصوّر وجه لتقييده الّا القول بنجاسه دخانه و صيرورته سببا لتنجّس السّقف و نجاسته الدّخان الاصل عدمها و نقل الاجماع على طهاره دخان الاعيان النّجسه و التّعليل بتصاعد شى ء من اجزاء الدّهن مع الدّخان واضح الضّعف لعدم العلم به و لو سلّم نجاسته الدّخان لذلك فغايته تنجّس السّقف و ذلك لا يستلزم تحريم الاسراج تحته اذ لا دليل على حرمه تنجيسه و منع المالك عن تنجيس ملكه

قوله (اقول و الرّوايه إشاره الى ما عن الرّاوندى)

و هى ضعيفه السّند و لا جابر لها لمخالفتها للمشهور بل عن مفتاح الكرامه انّه لم يثبت صحّه الاعتماد على الكتاب الّذى ذكرت فيه

[بقى الكلام فى حكم نجس العين، من حيث أصاله حلّ الانتفاع به فى غير ما ثبتت حرمته، أو أصاله العكس.]

قوله (امّا آيات التّحريم و الاجتناب و الهجر فلظهورها)

فيه منع هذا الظّهور و لذا قال العلّامه فى التّذكره و الاعيان لا يصحّ تحريمها و اقرب مجازاتها جميع وجوه الانتفاع ه و خصوص لفظ الهجر لا يمكن هذه الدّعوى فيه اصلا فانّه بمعنى التّبعيد و مقابله الوصل و مع اطلاق الهجر من دون تقييده بشى ء لا ريب فى ظهوره فى التّرك و التّبعيد من جميع الوجوه و فى تفسير القمّى عن الباقر (ع) بعد ذكر الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصٰابُ وَ الْأَزْلٰامُ و بيانها قال (ع) كلّ هذا بيعه و شراءه و الانتفاع بشى ء من هذا حرام من اللّه محرّم

قوله (و امّا روایه تحف العقول فالمراد بالامساک)

کان فیها بعد ذکر النّجاسات لأنّ

ذلک کلّه منهیّ عن اکله و شربه و لبسه و ملکه و امساکه و التقلّب فیه فجمیع تقلّبه فی ذلک حرام و آباء هذه العباره عن الحمل علی ما ذکره ره ظاهر و الاتّفاق المدّعی علی جواز امساک نجس العین لبعض الفوائد ممنوع علی اطلاقه

قوله (بظهور کلمات کثیر منهم فی جواز الانتفاع)

لا یکون الدّلیل مختصّا بالاجماع حتّی یضرّ به مخالفه البعض بل قد مرّ ظهور الآیات و الاخبار فی ذلک هذا مضافا الی منع ظهور بعض العبائر المحکیه فی المدّعی و هو اصاله حلّ الانتفاع بالنّجس فی غیر ما ثبت حرمته فانّ منها عباره المبسوط و لا یستفاد منها ذلک بل غایه ما یستفاد منها هو عدم الخلاف فی جواز الانتفاع بها فیما ذکره و جواز الانتفاع بها فی ذلک بالإجماع و النّص لا ینافی کون الأصل و القاعده هو حرمه الانتفاع کما انّ جواز بیع کلب الصّید بالاجماع و النّص لا ینافی اصاله حرمه البیع و النّص فی المسأله هو روایه عبد اللّه بن جعفر فی قرب الاسناد عن جعفر بن محمّد عن أبیه عن علیّ علیهم السّلام انّه کان لا یری بأسا أن یطرح فی المزارع العذره انتهی و الظّاهر انّ لفظ العذره یعمّ غیر عذره الإنسان من سرجین ما لا یؤکل لحمه و خرء الکلاب و لهذا منعوا من بیع مطلق العذره تمسّکا بروایه یعقوب بن شعیب ثمن العذره سحت و منها عباره التّذکره و العباره المحکیه فی المتن نقل بالمعنی و اصلها هکذا و یحرم اقتناء الاعیان النّجسه الّا لفائده کالکلب و السّرجین لتربیه الزّرع و الخمر للتّخلیل انتهی و مثلها عباره القواعد و هذه أیضا لا یستفاد منها ذلک لاحتمال ان یکون المراد بالفائده فیها هی الفائده الشرعیّه و ما رخّصها الشّارع و یؤیده انّه مثّل بالکلب و السّرجین و الخمر و الظّاهر انّ استثناء الثّلاثه للنّص امّا ورود النّص فی اقتناء السّرجین للتسمید و الخمر للتّخلیل فواضح و امّا وروده فی اقتناء الکلب ففی موضع اخر من التّذکره یجوز اقتناء کلب الصّید و الزّرع و الماشیه و الحائط دون غیره لقوله (ع) من اتّخذ کلبا الّا کلب ماشیه او صید او زرع نقص من اجره کلّ یوم قیراط و منها عباره المختلف فی باب الاطعمه و لا یخفی انّ خروج شعر الخنزیر للنّص لورود اخبار کثیره فیها منها خبر برد الاسکاف و ان استدلّ العلّامه بانّ نجاسته لا یمنع الانتفاع به لما فیه من المنفعه لکن هذا الاستدلال منه بعد ورود النّص و الّا فمن این علم بوجود المنفعه الخالیه عن ضرر عاجل او آجل

قوله (کما یدلّ علیه وقوع السّؤال فی بعض الرّوایات عن الجصّ)

عن محمّد بن الحسن

باسناده عن الحسن بن محبوب قال سألت أبا الحسن (ع) عن الجصّ يوقد عليه بالعذره و عظام الموتى ثمّ يجصّص به المسجد و يسجد عليه فكتب (ع) إليّ بخطّه انّ الماء و النّار قد طهّراه و انت ترى انّ مورد السّؤال ليس هو جواز اصل الفعل و عدمه بل مورده انّما هو السّجده عليه و سكوت الامام (ع) عن اصل جواز الفعل و عدمه لا اشعار فيه بالتّقرير اصلا لما عرفت من انّ مورد السّؤال لم يكن هو جواز ايقاد العذره و لعلّ السّائل كان عالما بحرمه هذا الفعل و حجّيه التّقرير انّما هى فى مورد علم بجهل الفاعل او السّائل للحكم المقرّر عليه فلا دلاله و لا اشعار فى الرّوايه على جواز استعمال النّجس اصلا ثمّ انّ الجواب يحتمل فيه وجوه من المعنى الاوّل و هو الأظهر ان يكون المراد بالماء المطر الّذى يصيب أرض المسجد المجصّص فكانّه كان غير مسقّف و بالنّار الرّماد الحاصل من اجزاء العذره و العظام المختلطه بالجصّ فانّها تظهر بالاستحاله قال فى الوافى و الغرض انّه ورد على ذلك الجصّ امران مطهّران و هما النّار و الماء و لم يبق ريب فى طهارته فلا يرد السّؤال بانّ النّار اذا طهّرته أوّلا فكيف يحكم بتطهير الماء ثانيا اذ لا يلزم من ورود المطهّر الثّانى تاثير فى التّطهير انتهى الثّانى ان يكون المراد بالماء ما هو الممزوج بالجصّ فيكون من قبيل رشّ الماء على المظنون النّجاسه الثّالث ان يكون المراد بالتّطهير المستند الى الماء و النّار مطلق التّنظيف الّا انّ قيامه بالنّار باحاله النّجاسه رمادا او دخانا و قيامه بالماء بنظر العرف من حيث خلط الماء بالجصّ و لا يخفى بعد الاخيرين

قوله (و امّا حمل الحرام على النجس كما فى كلام بعض)

هو صاحب الحدائق و الظّاهر انّ ما ذكره هو الصّواب لانّ ما يتوهّم كونه محذورا هو تلويث البدن و الثّياب بالنّجس و التّلويث بغيره و لو كان قذرا عرفا ليس بحرام قطعا

قوله (و لا يبعد جواز هبتها لعدم المانع مع وجود المقتضى)

فيه أوّلا انّ الظّاهر عموم حرمه الاكتساب بها و لا خصوصيّه للبيع لوحده المناط فيحرم الهبه و الصّلح عنها و الوصيّه و الصّدقه بها و ثانيا انّ النّسبه بين الملكيّه و الماليّه عموم من وجه فقد يكون الشى ء ملكا و لا يكون مالا كحبّه الحنطه و الماء على الشّاطى فانّ مناط الماليّه هو بذل المال بإزاء الشّى ء و هذان لا يبذل بإزائهما مال و قد يكون الشّى ء مالا و لا يكون ملكا كالكلّى قبل استقراره فى الذمّه فانّه يبذل بإزائه المال و كالاموال المباحه و الاعيان النّجسه اذا كانت لها منفعه محلّله بحيث يجعلها مالا لا يثمر فى جواز هبتها فانّ الهبه تمليك العين و هذه بعد تسليم ماليّتها لا دليل على كونها مملوكه

قوله (و الظّاهر ثبوت حقّ الاختصاص فى هذه الامور النّاشى)

لا اشكال فى عدم ثبوته بناء على

اصاله حرمه الانتفاع بالاعيان النّجسه الّا ما ثبت خروجه و امّا بناء على ما اختاره المصنّف من اصاله الجواز فيمكن منع ثبوته أيضا فـانّه كما ترى استدلّ على ذلک بامرين الاوّل انّ الحيازه سبب لثبوت حقّ الاختصاص لقوله (ع) من سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو احقّ به كما هو المعروف او من سبق الى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له كما ذكره فى الجواهر لاثبات ملک الماء باحرازه فى آنيه او موضع مثل الحوض و الرّوايه و ان كانت مرسله و ضعيفه لكنّ الاصحاب تلقّوها بالقبول و عملوا بها فى موارد كثيره و لا يشترط فى جبر ضعف الرّوايه عملهم بها فى خصوص المسأله اذ يحتمل عدم التفاتهم الى انّ المسأله من مصاديق الرّوايه او انّهم فهموا بحسب انظارهم لها معنى اوجب عدم تمسّكهم بها فيها نعم اذا علم انّ عدم عملهم بها فى خصوص المورد لوجود قرينه فيه بالخصوص مانعه عن التمسّک بها لا يكون ضعفها ح مجبوره فانّه اذا كشف عدم عملهم كذلک عن ثبوت خصوصيّه لا يكون ح ملاک حجّيتها موجوده فيه لما تقرّر فى محلّه من انّ ملاک الجبر و حجيّه الخبر الضّعيف امران الاوّل انّ موافقته مع الظنّ بالواقع بحيث ظنّ بصدوره للظنّ بمضمونه لموافقته مع الشّهره العمليّه يوجب شمول ادلّه الحجيّه له لانّ المدار فى حجّيه الخبر هو حصول الوثوق و الاطمينان بصدوره سواء كان الوثوق من جهه الرّاوى او من جهه خارجيّه كالشّهره و القياس بالاولويّه الثّانى هو بناء العقلاء و هو العمده فى اثبات حجيّه الخبر و كلاهما غير جاريان فى الصّوره المفروضه و الّا فمجرّد عدم عملهم بالرّوايه فى مورد لا يمنع من الجبر بعد ثبوته بعملهم بها فى موارد اخرى و حصول الظنّ و الاطمينان بالصّدور من اجل ذلک الثّانى استصحاب بقاء الاختصاص الّذى هو قدر مشترک بين الملكيّه و حقّ الاختصاص الثّابت فى حال الملكيّه و هذا من القسم الثّالث من استصحاب الكلّى

و الانصاف منع هذين الدليلين امّا الاوّل فلانّ مفاد الرّوايه و ما قام الاجماع عليه هو تحقّق الملک او حقّ الاختصاص بالحيازه و لا اشكال فى توقّفها على قابليّه المحلّ لها و القابليّه لا تحرز بدليل شرعيّه الحيازه و لا بدّ من احرازها بدليل آخر لانّ دليل شرعيّه الحيازه ليس ناظرا الى بيان ما هو قابل لها و ذلک ظاهر و امّا الثّانى فقد قرّرنا فى محلّه المنع من استصحاب الكلّى فى القسم الثّالث منه و هو ما علم وجود الكلّى فى ضمن فرد خاصّ و شکّ فى بقائه بعد القطع بارتفاع ذلک الخاصّ من جهه الشکّ فى وجود فرد آخر سواء كان الشکّ من جهه احتمال وجوده مع الفرد المرتفع أم من جهه حدوثه حين انعدام الاوّل و ذلک لانّ وجود الطّبيعى و ان كان بوجود افراده الّا

انّ نسبته الى الافراد كنسبه الآباء الى الابناء لا كنسبه الأب الواحد إليهم الّا اذا كان الشّى ء بوجوده الاخر بالنّظر العرفى عين وجوده الاوّل بان يعدّ العرف تعدّد افراده كالواحد المستمرّ سواء كان كذلك أيضا بالدقّه العقليه أم لا فانّ قضيّه دليل الحجّيه من جهه اطلاقها هى ان يكون رفع اليد عمّا تيقّن وجوده فى السّابق مع الشكّ بنظر العرف نقضا و ان لم يكن كذلك بحسب الدقّه فالسّواد الضّعيف الّذى يترقّى الى القوىّ و السّواد الشّديد الّذى يتنزّل الى الضّعيف يجوز استصحابه بخلاف أوّل مرتبه الحمره او الكدوره المترقّى الى السّواد او السّواد المتنزّل الى أوّل مرتبه الحمره و الكدوره فانّ المناط فى بقاء الموضوع لو كان على المداقّه جاز استصحاب الكدوره فى المثال الاوّل و استصحاب السّواد فى المثال الثّانى و ان كان المستصحب فى زمان الشكّ فى غايه المرتبه الرّاقيه او النّازله فانّ الوجود فى جميع المراتب المتبدّله شدّه و ضعفا شى ء واحد شخصىّ ما دام متّصلا و لم يتخلّل فى البين عدم و انتزاع الهيئات المتفاوته و الانواع المختلفه لا يضرّ بوحده الوجود حيث انّه واحد شخصىّ يتحرّك بهذه الحركات و امّا لو كان المناط هو النّظر العرفى فالعرف يرى موضوع الكدوره و الحمره غير ما هو موضوع السّواد الضّعيف بالشّديد فانّه يعدّهما امرا نقضا عرفيّا بخلاف ما اذا شكّ فى تبدّل السّواد الضّعيف بالشّديد فانّه يعدّهما امرا واحدا فيجرى فيه الاستصحاب و لاجل هذا نمنع من استصحاب الطّلب عند ارتفاع الايجاب و الشكّ فى الاستحباب فانّهما و ان كانا فردين من الطّلب الّا انّ العرف يراهما شيئين متعدّدين لا شيئا واحدا مختلف الوصف نعم اذا شكّ فى تبدّل الايجاب الضّعيف بالقوىّ و بالعكس او تبدّل الاستحباب كذلك حكم ببقاء الطّلب و الظّاهر انّ الملكيّه و حقّ الاختصاص بنظر العرف امران متغايران سواء كانا متأصّلين بالجعل أم منتزعين من التّكليف

قوله (و الخمر المحترمه لثبوت الاختصاص فيها)

المراد بالخمر المحترمه هى المتّخذه للتّخليل

قوله (و الظّاهر انّ مراده بغير الارث الصّلح النّاقل)

لا ظهور فيه اصلا و إراده اليد الحادثه بعد اعراض اليد الاولى ليست بعيده و يصحّ اطلاق الانتقال عليها لانّه ليس الّا دخول الشّى ء فى محلّ بعد كونه فى محلّ اخر و عدم صحّه اطلاق النّقل عليها لا يلازم عدم صحّه اطلاق الانتقال عليها أيضا كما انّ الارث انتقال قهرىّ و ليس فيه نقل و يحتمل ان يكون المراد من الانتقال بغير الارث هو بذل حقّ الاختصاص للغير فينتقل الحقّ إليه

قوله (ثمّ انّه يشترط فى الاختصاص بالحيازه)

لا وجه لهذا

الشّـرط اصـلا و مرادهم فى مثل الماء و الكلاء هو اشتراط قصد الانتفاع فى قبال العبث كما ذكره قدّس سرّه و اين هذا من إراده قصد الانتفاع من العين دون ثمنها بل الغالب فى موارد الحيازه هو قصد الحائز الانتفاع بثمن ما حازه لا بعينه كالاحتطاب مثلا

[النوع الثانى ممّا يحرم التكسّب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به]

[القسم الأوّل ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاصّ إلّا الحرام]

[منها: آلات القمار بأنواعه]

قوله (فكلّ ما اعدّ لها بحيث لا يقصد منه الخ)

كقطع الأس و الكنجفه و آلات النرد و الشّطرنج و امّا ما ليس معدّا لذلک كالجوز و البيض فهو خارج عن محلّ البحث

[منها اوانى الذّهب و الفضّه]

قوله (و منها اوانى الذّهب و الفضّه اذا قلنا)

و أمّـا اذا قلنـا بجواز عملها و اقتناؤها كما هو الصّواب وفاقا لجماعه للأصل مضافا الى قوله تع قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللّٰهِ و عـدم ثبوت مـا يصـلح دليلاـ على الحرمه فى غير اسـتعمالها فى الأكل و الشّـرب فان كان منفعتها الغالبه هى الأكل و الشّـرب حرم بيعها و ان كانت غيرهما او كانت المنفعه المحلّله مساويه لمنفعه الاكل و الشّرب جاز

[منها: الدراهم الخارجه المعموله لأجل غشّ الناس]

قوله (و هذا الكلام مطّرد فى كلّ قيد فاسد)

اى بطلاـن العقـد و فسـاد المعـامله مطّرد فى كلّ مقام كان القيـد جزء عقليّا و راجعا الى العنوان و هـذا لا يكون من باب الشّرط الفاسد حتّى يبتنى بطلان العقد على انّ الشّرط الفاسد مفسد أم لا

[القسم الثانى ما يقصد منه المتعاملان المنفعه المحرّمه]

[فهنا مسائل ثلاث:]

[المسأله الأولى بيع العنب على أن يُعمل خمراً، و الخشب على أن يُعمل صنماً]

قوله (يطرح ظاهر كلّ بنصّ الاخر فتأمّل)

إشاره الى منع كون خبر جابر نصّا فيما نحن فيه و ظاهرا فى غيره عكس الصّحيحه هذا مضافا الى انّه لو سلّم ذلك فهو من حيث انّ ما نحن فيه هو المتيقّن من خبر جابر و ما اذا اتّفق الحمل من دون ان يؤخذ شرطا فى العقد هو المتيقّن من الصّحيحه و يمكن ان يقال انّ النّص هو ما دلّ على معنى من دون احتمال الخلاف و تيقّن الإراده لا يجعل الكلام نصّا فى المراد حتّى يكون حمل الاخر على غيره من الجمع العرفى المقبول و من باب حمل الظّاهر على النّص فدعوى وقوع التّعارض بين الخبرين قريبه جدّا

[المسأله الثانيه يحرم المعاوضه على الجاريه المغنّيه، و كلّ عين مشتمله على صفه يُقصد منها الحرام]

قوله (لا ما كان على وجه الدّاعى

بان كان بذل الثّمن بتمامه فى مقابل العين فانّه لا اشكال ح فى الجواز و الصحّه و لا يقاس بهياكل العباده و آلات القمار و اللّهو فانّ الموصوف فيها لا ينفكّ عن الصّفه و يعدّ المادّه و الهيئه شيئا واحدا و لا يزول عنها الصّفه الّا بعد كسرها و انعدامها و هذا بخلاف المقام فانّ صفه التغنّى و الكهانه و المقامريّه امور خارجه عن الذّات وجودا و مع قطع النّظر عنها لا يكون الموصوف معدوما و ذلك ظاهر

قوله (و روايه ابى كهمش سئل رجل أبا عبد اللّه (ع)

و مثله روايه فضاله عن رفاعه بن موسى قال سئل ابو عبد اللّه (ع) و انا حاضر عن بيع العصير ممّن يخمّره قال حلال ألسنا نبيع تمرنا ممّن يجعله شرابا خبيثا

قوله (الى غير ذلك

ممّا هو دونهما فى الظّهور)

منها ما عن محمّد بن الحلبى قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن بيع عصير العنب ممّن يجعله حراما فقال لا بأس به تبيعه حلالا ليجعله حراما و منها ما عن ابى بصير قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن ثمن العصير قبل ان يغلى لمن يبتاعه ليطبخه او يجعله خمرا قال اذا بعته قبل ان يكون خمرا و هو حلال فلا بأس و منها ما عن ابى نصر قال سألت أبا الحسن (ع) عن بيع العصير فيصير خمرا قبل أن يقبض الثّمن فقال لو باع تمرته ممّن يعلم انّه يجعله خمرا لم يكن بذلك بأس فامّا اذا كان عصيرا فلا يباع الّا بالنّقد

[المسأله الثالثه يحرم بيع العنب ممّن يعمله خمراً بقصد أن يعمله]

قوله (فالاولى حمل الاخبار المانعه على الكراهه)

و هذا أيضا بعيد و ان ذهب إليه الاكثر فانّ اخبار استشهاد الامام على الجواز يكون عملهم على ذلك فى تمرهم ربما ينافى هذا الحمل هذا مضافا الى عدم قبول خبر جابر لهذا الحمل كما انّ التزام الحرمه فى بيع الخشب ممّن يعمله صليبا او صنما و العمل فى مسئله بيع العنب و شبهها على الأخبار المجوّزه لا يتمّ فى اجاره البيت و السّفن للخمر فانّ خبر جابر الوارد فى اجازه البيت قد اشتمل على حرمه الاجره و مصحّحه ابن اذينه الوارده فى اجاره السّفينه قد اشتمل على عدم البأس و احسن وجوه الجمع هو حمل الاخبار المانعه على صوره العلم بصرف عين المبيع فى المحرّم و الاخبار المجوّزه على العلم بكون المشترى عمله ذلك من دون علم بتخميره عين المبيع بان يكون الضّمير راجعا الى مطلق العصير و التّمر لا الى المبيع و لو لم يقبل هذا الجمع فمقتضى القاعده هو الجواز لتقديم اخباره على اخبار المنع من حيث كثرتها و قوّه سندها و ظهور دلالتها و مع عدم التّرجيح كان المرجع عمومات الصحّه هذا كلّه مع قطع النّظر عن دليل الاعانه و مع النّظر إليها فالانصاف كما سيجى ء من المحقّق الأردبيلى و شيخنا عدم صدقها الّا اذا قلنا بانّ شرط الحرام حرام و الأقوى عدم حرمته و انّ مقدّمه الحرام ليس حراما الّا اذا كان سببا يترتّب عليه فعل الحرام

قوله (فقال انّه جيّد فى حدّ ذاته لو سلم من المعاوضه)

كما لا تصحّ إباحه الشّارع ظلما او معصيه بعنوان التّخصيص فكذلك الاعانه على الظّلم فانّها مع تسليم كون الفعل اعانه لا يمكن تخصيصها فى مورد و هى من العناوين الغير القابله للتّخصيص فى حدّ ذاتها و الصّواب ان يقال انّ من اخبار جواز بيع العنب ممّن يعمله خمرا نستكشف انّه ليس اعانه لا انّه منها موضوعا و خرج حكما

قوله (و لقد دقّق النّظر حيث لم يعلّق صدق الاعانه الخ)

و ما قاله هو الصّواب و كذا ما ذكره من الفرق بين اعطاء السّوط للظّالم و بيع العنب ممّن يعمله خمرا بصدق الاعانه فى الأوّل

دون الثّانی و المصنّف و ان دقّق النّظر فی عدم الفرق بینهما من حیث انّ کلّا من البیع و الاعطاء اعانه علی مقدّمه الحرام الّا انّه یعترف اخیرا بالفرق من حیث الصّدق العرفی بقوله ثمّ انّه یمکن التّفصیل فی شروط الحرام المعان علیها الخ

قوله (محلّ تامّل الّا ان یرید الفحوی)

وجه التأمّل هو ما اشار إلیه من انّ محلّ الکلام فی الاعانه المحرّمه هو ما یعدّ شرطا للمعصیه الصّادره عن الغیر و لا یکون فی مسئله ترک بذل الطّعام لخائف التّلف غیر یصدر عنه المعصیه و لیس ترک بذل الطّعام شرطا لتحقّق التّلف بل هو بمنزله السّبب له نعم اذا کانت الاعانه بشطر کلمه محرّمه فترک البذل الّذی هو بمنزله السّبب للتّلف یکون حراما بالاولویّه القطعیّه

قوله من یجبی لهم الصّدقات)

من الجبایه بمعنی الجمع و مثلها الجباوه

قوله مدفوع بانّ ذلک فیما کان محرّما الخ)

لا اشکال فی انّ وجوب النّهی عن المنکر مقیّد بصوره التّأثیر للنّصوص الکثیره منها روایه مسعده قال و سمعت أبا عبد اللّه (ع) یقول و سئل عن الحدیث الّذی جاء عن النّبی (ص) انّ افضل الجهاد کلمه عدل عند امام جائر ما معناه قال (ع) هذا علی ان یأمره بعد معرفته و هو مع ذلک یقبل منه و الّا فلا و نتیجه هذا التّقیید فی المقام بعد تسلیم انّ رفع المنکر کدفعه واجب هو کون وجوب ترک بیع العنب مجموعیّا لانّ وقوع المنکر یتحقّق ببیع واحد علی البدل فتأثیر التّرک انّما هو فی صوره ترک الجمیع نعم لو کان وجوب ترک البیع استقلالیّا علی کلّ احد کان البیع حراما کذلک و لیس الغرض من کون وجوب ترک البیع مجموعیّا هو إنشاء وجوب کذلک من الشّارع حتّی یشکل بانّ الواجب ح لیس مقدورا لکلّ واحد من المکلّفین بل الغرض انّه لمّا کان دفع المنکر قائما بالمجموع کان ترک البیع من کلّ واحد دفعا للمنکر فی صوره عدم قیام اخر بالبیع

قوله (کما لا یخفی لکن فی الدّلاله تامّل)

لا اشکال فی انّ النّهی فی باب المعاملات لو تعلّق بآثار المعامله کالتّصرف فی الثّمن و المثمن اقتضی الفساد عقلا فانّ حرمه الآثار مترتّبه علی فساد المعامله و حرمتها و حرمه الثّمن و قوله ثمن العذره سحت مثلا لا یجتمع مع صحّه المعامله و لو حصل الملکیّه لما کان وجه لحرمه الثّمن فهذا النّهی بالالتزام یدلّ علی عدم حصول الملکیّه بهذه المعامله و هذا الاخفاء فیه و کذلک لا اشکال فی انّه لو تعلّق بما هو خارج عن المعامله کالاعانه علی الاثم لا یقتضی الفساد فانّ المنهیّ عنه امر خارج عن المعامله و هو ایجاد الالفاظ بقصد توصّل الغیر بها الی المحرّم و المصنّف ره بعد ما ذکر انّ الحرمه فی المقام لا یقتضی الفساد لتعلّق النّهی بامر خارج

احتمل الفساد من اجل روايه التحف بناء على انّها مسوقه لبيان الفساد لانّها لمّا كانت فى مقام تقسيم معايش العباد فلا بدّ من ان يكون المراد من الكسب فيها هو المال المكتسب لا اصل الاكتساب و يكون الغرض بيان ما يكون من اقسام المال حلالا و ما يكون حراما و سيصرّح المصنّف بظهور الرّوايه فى بيان المكاسب الصّحيحه و الفاسده و قد عرفت انّه لو كان متعلّق الحرمه هو المال فهى تدلّ على الفساد و لكن يدفع هذا الاحتمال امور الاوّل انّ كون الرّوايه فى مقام تقسيم المعايش لا دلاله فيه و لا قرينه على ان يكون المراد من الكسب فيها هو المال المكتسب و الظّاهر انّها فى مقام بيان اصول الاكتساب و وجوه المعايش لا فى بيان ما هو حلال من المال و ما هو حرام منه حتّى يكون الحرمه فيها متعلّقه بالاثر الثّانى انّه لو سلّم كون الرّوايه مسوقه لبيان الفساد لا دلاله فيها على فساد ما كان النّهى لاجل كون البيع اعانه على الاثم فانّ قوله (ع) و كلّ بيع ملهوّ به و كلّ منهىّ عنه لا يشمل ما كان النّهى متعلّقا بالبيع فانّ المراد من الجملتين هو المبيع و ما تعلّق به البيع و بيع العنب للتّخمير ليس نفس المبيع فيه حراما الثّالث لو سلّم شمولها للبيع المنهىّ عنه بضرب من التّأويل فالمتيقّن هو إراده البيع الّذى تعلّق به النّهى بالذّات و امّا شمولها للبيع المنهىّ عنه بوصف خارج عن المعامله متّحد معها فغير معلوم الرّابع ما ذكره بعض السّاده الاعاظم من انّه لا يمكن الأخذ بظاهرها حيث انّه يستلزم الحكم ببطلان كلّ معامله محرّمه من اىّ وجه كان و لا يمكن الالتزام به و دعوى الالتزام بالتّخصيص كما ترى

قوله (و لو تمّت لثبت الفساد مع قصد المشترى)

هذه جمله مستقلّه و لا مدخليّه لها فى دلاله روايه التّحف على الفساد و عدمها و الظّاهر انّ ذكرها لمجرّد التّنبيه على انّ القائل بحرمه الشّراء بقصد التّخمير لا بدّ ان يلتزم بفساد المعامله من الطّرفين بناء على تماميّه الدّلاله و الّا فقد عرفت فيما مرّ منه فى الكتاب ان لا دليل على فساد الشّراء فانّ الحكم بحرمه الاتيان بشرط الحرام توصّلا إليه قد يمنع و مقدّمه الحرام ليست محرّمه و لا يدخل فى عنوان التجرّى للزوم التّسلسل و لا الاعانه على الاثم لانحصار موردها باعانه الغير

[القسم الثالث ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأناً]

قوله ع (انتم اليوم بمنزله اصحاب)

يحتمل ان يكون المخاطب بانتم مجموع أهل الحقّ و أهل الشّام و يكون الغرض تنزيلهم بمنزله اصحاب رسول اللّه (ص) فى انّهم و ان لم يكونوا متوافقين فى الواقع و كان فيهم جماعه من اهل النّفاق و المعاداه و لكنّهم كانوا جميعا فى الظّاهر متعاضدين و اخوه مسلمين و اشدّاء على الكفّار أودّاء متوافقين و يحتمل ان يكون المخاطب خصوص اهل الحقّ و يكون الغرض تنزيلهم بمنزله الباقين على صحبه رسول اللّه (ص) و دينه بعد وفاته و امّا المخاطب بانّكم فى هدنه اى سكون من الفتنه فهو خصوص أهل الحقّ

قوله

كالمجنّ و الدّرع و المغفر)

جنّ بالبناء على المفعول و اجنّ استتر و الجنّه بضمّ الجيم السّتره و الجمع جنن بضمّ الجيم و النّون و المجنّ و المجنّه بكسر الميم و فتح الجيم و النّون كلّ ما وقى من السّلاح و الدّرع معروف و الغفاره بكسر الغين و المغفر و المغفره قسم من الدّرع يلبسه المحارب تحت القلنسوه و فى القاموس الكنّ بالكسر وقاء كلّ شى ء و ستره كالكنّه و الكنان بكسرهما و البيت جمع اكنان و اكنّه و كنّه كنّا و كنونا و اكنّه ستره و فى الصّحاح الكنّ السّتره و الجمع اكنان قال تع وَ جَعَلَ لَكُمْ مِنَ الْجِبالِ أَكْناناً و الأكنّه الاغطيه

قوله (فلا دلاله لها على المطلوب)

مضافا الى انّ الرّاوى و هو محمّد بن قيس مشترک بين الثّقه و غيره

قوله (و هذا غير مقصود فيما نحن فيه)

فانّ المقصود فى المقام هو ما يكون الطّرف الاخر مهدور الدّم

قوله (فلعلّه يشمل ذلک و فيه تامّل)

لامكان ان يراد من الحقّ الدّين و من الباطل الكفر و فيه انّه لا ينحصر وجه الاستفاده من هذه الرّوايه بذلک فانّ قوله (ع) أو شى ء يكون فيه وجه من وجوه الفساد يشمل ذلک كما انّ الظّاهر من الاخبار المذكوره بملاحظه فهم المناط منها هو استفاده التعدّى من موردها

قوله (ثمّ النّهى فى هذه الاخبار لا يدلّ على الفساد)

و اختار جماعه دلاله اخبار المسأله على الفساد مع قطع النّظر عن روايه التّحف بوجوه متقاربه يرجع كلّها الى انّ النّهى متعلّق بنفس المعامله فمضافا الى الحرمه يستفاد منه المانعيّه فعن شرح الارشاد للاردبيلى ره و الظّاهر انّه على تقدير التّحريم لو بيع لم يصحّ البيع لما تقدّم و لانّ الظّاهر انّ الغرض عن النّهى هنا عدم التّملک و عدم صلاحيّه المبيع لكونه مبيعا لا مجرّد الاثم فكانّ المبيع لا يصلح لكونه مبيعا لهم كما فى بيع الغرر انتهى و فى المسالک لو باع هل يصحّ و يملک الثّمن أم يبطل قولان اظهرهما الثّانى لرجوع النّهى الى نفس العوض انتهى و عن بعض اخر اختيار البطلان لأنّ النّهى راجع الى احد المتعاقدين قال و الّا فالعوض من حيث هو صالح للنّقل انتهى و التّحقيق عدم دلاله الاخبار فى المقام على الفساد لما عرفت من انّ النّهى راجع الى امر خارج و لو سلّم تعلّق النّهى بنفس المعامله فالظّاهر عدم الفساد أيضا و توضيح الحال انّ النّهى المتعلّق بالمعامله يتصوّر على وجوه الاوّل ان يكون النّهى متعلّقا بالسّبب و ان شئت قلت بجهه الانشاء و هذا على قسمين الاوّل ان يكون جهه الحرمه دخول السّبب تحت احد العناوين المحرّمه كالاعانه على الاثم و تقويه الكفر فانّ حرمه المعامله فى هذا القسم ليس من حيث انّ العقد آله لايجاد الملكيّه بان يكون هذه

الحیثیّه بما هی هی جهه للحرمه بل من حیث انطباق وصف خارج محرّم علیه الثّانی ان یکون جهه الحرمه مزاحمه وقوع العقد لواجب مضیّق او اهمّ کالبیع وقت النّداء الثّانی ان یکون النّهی متعلّقا بمضمون المعامله بما هو فعل بالتّسبیب بان یکون النّهی عن نفس المسبّب و یکون الفعل منهیّا غیریّا لانّه مقدّمه سببیّه و مولّده للمسبّب و هذا أیضا علی قسمین الاوّل ان یکون جهه الحرمه عدم کون احد العوضین مالا و لا حقّا و عدم مالیّته امّا عرفا کالحشرات او لسلب الشّارع جهه مالیّته کالخمر و الخنزیر الثّانی ان یکون جهه الحرمه مبغوضیّه ایجاد المسبّب و المضمون عند الشّارع کالنّهی عن بیع المصحف للکافر و کتحریم الظّهار فانّ نفس الایجاب و القبول فی الاوّل و الایقاع فی الثّانی لیس بذاته حراما بل لکونه سببا لتملیک الکافر المصحف و لحرمه وطی الزّوجه

لا یقال انّ النّهی عن المضمون و المسبّب غیر مقدور و لا بدّ فی متعلّق النّهی ان یکون مقدورا للعبد حتّی یصیر النّهی زاجرا له عن الاتیان به

فانّه یقال المقدور بالواسطه مقدور و التمکّن المعتبر فی المتعلّق هو کون الفعل مقدورا و لو بها و هذا المقدار کاف فی تحقّق الشّرط فی الامر بالمسبّبات و فی المقام لمّا کان المکلّف متمکّنا من ایجاد السّبب بحیث له ان یفعله و یأتی به او یترکه فهو بمنزله تمکّنه من المسبّب و ایجاده بایجاد سببه و ترکه بترکه ثمّ انّ جعل الحرمه فی هذا القسم متعلّقا بالمسبّب اولی من جعله متعلّقا بالمنشإ لوضوح انّ المنشأ لا ینفکّ عن الانشاء فی جمیع الموارد و الاقسام سواء وقع صحیحا أم فاسدا بمعنی انّ الشّارع الّذی یکون جعل اعتبار المسبّب بیده امضی هذا الاعتبار او ألغاه و ما هو من الامور الاعتباریّه و یمکن ان یقال فیه مع النّهی بالفساد لانّه یسقط عن الاعتبار بإلغاء من بیده اعتباره و یخرج عن سلطنه المالک و لا یقدر علی ایجاده مع النّهی انّما هو المسبّب لا المنشأ الثّالث ان یکون النّهی متعلّقا بالتّسبّب و ان لم یکن السّبب بما هو فعل من الافعال و لا المضمون و المسبّب بما هو فعل اختیاریّ محرّما فلو اوجد السّبب من غیر قصد الی حصول مضمونه او اوجد المسبّب بغیر هذا السّبب کالهبه مثلا فیما کان البیع ممنوعا لم یکن محرّما و یکون المنهیّ عنه فی الحقیقه قصد ترتّب المسبّب علی هذا السّبب الخاصّ کالنّهی عن العقد الفارسی بقصد ترتّب الملکیّه علیه بحیث کان ایجاد العقد الفارسی من حیث انّه فعل غیر محرّم و کذلک حصول الملکیّه و لکن حصولها من هذا السّبب حرام و لو حصلت من غیره لم یکن حراما و کالنّهی عن البیع وقت النّداء بناء علی عدم کون حرمته من جهه مضادّته لواجب بل لکونه متعلّقا للنّهی الاصلیّ الدالّ علی انّ قصد حصول التّملیک بالبیع یکون محرّما فی هذا الوقت و کحرمه الظّهار بناء علی انّ النّهی لیس متعلّقا بالمضمون بان یقال انّ ایقاع الظّهار بما هو فعل غیر محرّم و کذلک

وطی الزّوجه بما هو مسبّب کما فی الطّلاق و انّما الحرام حصوله من الظّهار الرّابع ان یکون النّهی متعلّقا بترتیب الآثار بحیث لو لا فساد المعامله لما کان للنّهی موقع کالنّهی فی بیع عن اکل الثّمن او المثمن

اذا عرفت هذه الصّور فاعلم انّ فی غیر الصّوره الاخیره لا یقتضی النّهی بذاته الفساد بناء علی اقتضاء النّهی الحرمه الذاتیّه لعدم الملازمه فی باب المعاملات لغه و لا عرفا بین حرمتها و فسادها امّا فی الصّوره الاولی فعدم الاقتضاء فی القسم الاوّل منها واضح و امّا فی القسم الثّانی فلأنّ المعصیه تجامع ترتّب الاثر کما نشاهد فی النّهی عن الاسباب العقلیّه بالنّسبه الی آثارها العقلیّه و الشرعیّه کالنّهی عن الخمر فانّه لا یوجب عدم ترتّب آثاره لو شربه من السّکر و الحدّ و الفسق و لا مانع من ان یکون ایجاد السّبب بما هو فعل من الأفعال حراما ذاتا و لکنّه اذا اتی به اثّر أثره و یکون التلفّظ بالایجاب و القبول وقت النّداء حراما مثلا مثل شرب الخمر لمکان تزاحمه مع واجب و لکنّه اذا تلفّظ بهما و اتی بما هو المعتبر فیهما کان موجبا للنّقل و الانتقال فانّ غایه مدلول النّهی هو کون العقد حراما ذاتا و ذلک لا ینافی الصحّه و ترتّب الأثر و امّا فی الصّوره الثّانیه ففی القسم الاوّل یقتضی الفساد بلا اشکال لانّ قوام المعامله بثبوت العوضین و البیع بلا ثمن او الشّراء بلا مثمن لا معنی له ففی الحقیقه هذا القسم راجع الی الصّوره الرّابعه و امّا القسم الثّانی فلا ملازمه أیضا بین کون المسبّب حراما و عدم الصحّه و لا مانع من ان یکون ایجاده منهیّا عنه تکلیفا و مع ذلک لو أتی بسببه ترتّب علیه و ذلک من دون فرق بین کون الاسباب فی باب المعاملات اسبابا عقلیّه او انّها مخترعات شرعیّه تابعه لمصالح خفیّه

لا یقال نعم علی تقدیر کون الاسباب النّاقله من المؤثّرات الواقعیّه الّتی اطّلع الشّارع علیها و کشفها لنا من دون تصرّف زائد فالامر کما ذکرت لمعلومیّه انّ الآثار الذاتیّه لا تنفکّ عن اسبابها و لو تعلّق بها النّهی و امّا علی تقدیر کونها من المجعولات الشرعیّه فمع تعلّق النّهی بمضمون المعامله و کونه مبغوضا عند الشّارع فبعید فی الغایه ان یوضع له السّبب فالملازمه ثابته عرفا و ان لم تکن لغه و لا عقلا

فانّه یقال هذا الاستبعاد فی غیر محلّه فانّ مفاد النّهی لغه و عرفا لیس الّا الحکم التّکلیفی و لا یجتمع المصلحه و المفسده فی شی ء واحد و یصحّ اجتماع المعصیه مع ترتّب الأثر لجواز ان تکون المفسده المقتضیه للحکم التّکلیفی حاصله من جهه خارجیّه لا من مفسده فی ترتّب المسبّب و المضمون علی السّبب فعلی کلا الوجهین لا تلازم بین الحرمه التّکلیفیّه و الفساد الوضعیّ و یمکن ان یکون السّبب مؤثّرا ابدا بالذّات او بالجعل و یکون ایجاد المسبّب مبغوضا لدی

الشّارع و يستظهر ذلک من جواز تصریحه بانّ الایقاع یؤثّر ابدا و لا توقعه فی الظّهار لمبغوضیّه ترک وطی الزّوجه مع انّه لو اوقعت تقتضی المصلحه حرمه وطیها هذا مضافا الی ما قیل من انّ النّهی الحقیقی عن معامله کالأمر بها لا یصحّ الّا اذا کانت مؤثّره لاشتراط القدره فی التّکلیف و جعل متعلّق النّهی هی المسبّبات العرفیّه و هی ممّا توجد عند تحقّق أسبابها فهی بعد نهی الشّارع باقیه علی صفه المقدوریّه کلام خال عن التّحصیل

لا یقال من المسلّم انّ مقدّمه الحرام اذا کانت علی وجه لو أتی بها لما کاد أن ینفکّ عنها وجود ذی المقدّمه کالافعال التّسبیبیه کانت محرّمه کذیها لانّ المفروض کونها علّه تامّه أو جزء اخیرا لها فی تحقّقه بحیث یرتفع مع وجودها الاختیار ففی المقام لو کان وجود السّبب غیر منفکّ عن وجود المسبّب فهو أیضا محرّم من باب المقدّمه و تکون المقدّمه مع ذیها محرّمتین و مع هذا هل یمکن القول بالصحّه

فانّه یقال الامر کما ذکرت من انّ السّبب أیضا لکونه مقدّمه حرام و لکن مع ذلک لا یقتضی النّهی الفساد لما عرفت من انّ غایه مدلول النّهی هی الحرمه الذّاتیّه و هی تجتمع مع ترتّب الاثر ثبوتا فکما انّه لو نهی عن الاحراق المستلزم للنّهی عن ایجاد النّار و اوجد النّار المنهیّ عنه لم یتخلّف عنه الاحراق فلیکن المسبّبات التشریعیّه أیضا کذلک و امّا فی الصّوره الثّالثه و هی النّهی عن التوصّل الی المسبّب بهذا السّبب الخاصّ فعدم الاقتضاء أیضا لجواز اجتماع النّهی مع ترتّب الاثر و للمولی ان یحکم بالحرمه و یترتّب الأثر من دون تناقض فی ذلک و دعوی استلزام ذلک لاجتماع المصلحه و المفسده فی مورد واحد لاستلزام الحرمه المفسده و استلزام الصحّه المصلحه مدفوعه بانّ المصلحه فی تأثیر هذا السّبب مع وجوده و المفسده فی التوصّل به و هل المصلحه الّا فی ترتّب الأثر علی هذا السّبب و المفسده فی التّسبب به و جعله وسیله الی هذا الأثر و بعباره اخری المفسده قائمه بالنّسبه الی الحکم التّکلیفی و المصلحه مترتّبه علی الحکم الوضعیّ فاین اجتماعهما مضافا الی ما مرّ من انّ اعتبار القدره فی متعلّق النّهی یوجب الصحّه فانّه لو لم یؤثّر العقد الفارسی اذا قصد ترتّب الملکیّه مثلا علیه و کذلک الظّهار لما تعلّق به النّهی فانّ التسبّب لو لم یکن مقدورا له و غیر حاصل له لما امکن ان یتعلّق به النّهی و امّا فی الصّوره الرّابعه فلا اشکال فی اقتضاء النّهی فیها للفساد لدلاله ذلک النّهی بالالتزام علی عدم حصول الملکیّه بهذه المعامله و انّه لو کان العقد صحیحا لما کان وجه لحرمه الآثار المطلوبه منه هذا کلّه لو قلنا بدلاله النّهی علی الحرمه فی باب المعاملات و لکنّ الظاهر کما افاده جمع من الاساتید انّ النّهی فی المعامله بالمعنی الاخصّ اذا کان متعلّقا بها من حیث هی معامله یستفاد منه الفساد عرفا لظهوره فی الطّلب الارشادی فانّ الغرض الاصلی فی المعاملات بیان الصحّه و الفساد و حال النّهی فیها حال النّهی الصّادر عن الطّبیب بالنّسبه الی

المريض فى الارشاد الى ما يتعلّق بدفع مرضه نظير النّواهى الصّادره من الشّارع المتعلّقه بالعبادات حيث انّها ارشاد الى المانعيّه كالتكتّف و الضّحك و الكلام و الاستدبار و نحوها و كذلك الاوامر المتعلّقه باجزاء العبادات و شرائطها المسوقه لبيان الجزئيّه و الشّرطيّه من دون دلالتها على ايجابها و استحبابها فانّها للطلب الارشادى من دون افاده حكم مولوىّ فى تلك الخطابات هذا مضافا الى انّه لا اشكال فى انّ امر الشّارع بمعامله يكون ظاهرا فى الارشاد الى صحّتها معلوميّه انّه لم يامر على سبيل الالزام او النّدب بايجاد المعامله من البيع و الصّلح و نحوهما و يكون معنى امره بمعامله نظير امره بالوفاء بالنّذر و قوله المؤمنون عند شروطهم فانّه لا يمكن ان يكون المراد من الاوّل الّا تحقّق النّذر و حصول مضمونه و لا من الثّانى الّا انّ ما شرطه المؤمن على نفسه انعقد و تحقّق و اذا تحقّق النّذر و الالتزام فالحاكم فى باب الاطاعه يحكم بلزوم الاتيان بالمنذور و ما التزم به فالامر بالمعامله أيضا يكون عباره عن صحّتها و تحقّق مضمونها و اذا تحقّق السّبب و المضمون فالعقل يحكم بوجوب ردّ مال الغير بالنّسبه الى كلّ من البائع و المشترى بل بعض الاوامر المتعلّقه بالمعاملات كالأمر بالوفاء بالعقد يكون مثل الامر بالوفاء بالنّذر فى انّه لا يمكن ان يكون الامر للطّلب الحقيقى فليحمل بقرينه المقابله نهيه أيضا على ذلك و يكون المراد من نهيه عدم ترتّب الاثر على هذه المعامله و هو عين الفساد فاقتضاء الفساد فى العقود و الايقاعات يكون من هذه الجهه لا من جهه دلاله النّهى على الحرمه و المبغوضيّه و امّا فى المعامله بالمعنى الاعمّ المقابل للعباده فالمعوّل هو ملاحظه القرائن فى خصوص المقامات و مع عدمها فلا محيص عن الاخذ بما يكون النّهى ظاهرا فيه و هو الحرمه و قد عرفت انّها غير مستتبعه للفساد لا لغه و لا عقلا و لا عرفا

فان قلت المشهور بين الاعلام و ما يظهر من كلماتهم هو ارجاع قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نظائره الى الحكم التّكليفى و هو وجوب الوفاء بالآثار المطلوبه من العقود المترتّبه عليها و ما وجه العدول عن هذا المعنى الى ما اشترتم إليه من الارشاد الى الصحّه

قلت انّ الوفاء لا يكون بمعناه اللّغوى و العرفى حقيقه الّا فى الامور الاختياريّه و امّا فى الامور القهريّه الخارجه عن الاختيار بحيث يستحيل انفكاكها عن اسبابها فلا معنى للوفاء بها و لا يصحّ الأمر بالوفاء فيها و انّما يصحّ الامر بالوفاء بمعناه الحقيقى فى البيعه و العهد و الوعد لانّه فيها اختيارىّ و يمكن بعد وقوعها الوفاء بها و عدمه و لا يمكن إراده الوفاء بهذا المعنى فى مثل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و قوله ف بنذرك فانّ ما وجد بانشاء العقد و صدر من العاقد هو التّمليك و التملّك او ثبوت المنذور على النّاذر و كلّ واحد منهما ممّا لا يكاد ان يتعلّق به القدره و الاختيار فانّ العلّه لحصول الملكيّه و لثبوت ما جاء من قبل النّاذر عليه امّا وجدت أم لا و على الاوّل فهما متحقّقان

حاصلان و يلزم من الأمر بالوفاء بهما تحصيل الحاصل و على الثّانى يلزم التّكليف بغير المقدور و اذا تعذّر المعنى الحقيقى فلا بدّ من تصرّف يصح معه الأمر بالوفاء و المشهور زعموا انّ الوفاء متعلّق بالآثار الثّابته للعقود بعد تحقّق مضمونها و يكون المراد من هذا الحكم التّكليفى وجوب الوفاء بآثار العقد من تسليم المبيع الى المشترى و الثّمن الى البائع و هما فعل اختيارىّ يمكن للعاقد تسليمه و عدمه و يكون التّسليم وفاء بالعقد و عدمه عدم الوفاء كما عرفت فى الوعد و اخويه و يكون الآيه عندهم نظير لا يحلّ مال امرئ مسلم الّا عن طيب نفسه و هذا يدفع المحذور المذكور و لكنّه موجب للوقوع فى محذور اخر و هو ارتكاب الاضمار و هو مضافا الى انّه مخالف للاصل لا يمكن ان يكون مقصودا لانّ المضمر و ما يقدّر متعلّقا للوفاء ليس من مقتضيات العقد فانّ اثر العقد و مقتضاه هو حصول الملكيه لا تسليم المبيع و الثّمن لعدم صدور ذلك عن العاقد و ما هو الواقع من قبل انشائه و الصّادر عنه بعقده هو كون المال له بالعوض و بعد تحقّق مضمون العقد و صيروره المبيع ملكا للمشترى و الثّمن ملكا للبائع يكون وجوب التّسليم من مقتضيات حرمه التصرّف فى مال الغير لا ـ من مقتضيات العقد فالوجه ما عرفت من انّ الآيه الشّريفه سيقت لبيان الامضاء و تكون فى مقام جعل الصحّه للعقود بان يكون المراد هو إنشاء الطّلب الايجابى بالوفاء بالعقد كما هو الظّاهر منها و لكنّ الدّاعى الى إنشاء هذا الطّلب هو الارشاد الى تحقّق مضمون العقد فيكون ايجاب الوفاء بالعقود كنايه عن صحّتها و تحقّق مضمونها بمعنى انّ ما قصد من العقد صار متحقّقا و يكون صحيحا شرعا يترتّب عليه ماله من الآثار الذّاتيّه و المجعوله و بالجمله العمل و الوفاء بمقتضى العقد خارج عن قدره المكلّف لانّ العقد امّا وقع مؤثّرا حين وقوعه أم لا و الحكم بانّه يجب ترتيب الآثار عليه غير وجيه فانّ حرمه التصرّف فى مال الغير لا ربط له بمقتضى العقد و لا يكون اوف بالعقد الّا من قبيل اوف بالنّذر الّذى معناه انّ ما وقع نذر و ممضى و مجعول و ليس معناه انّه يجب ان يعطى الصّدقه المنذوره لمستحقّها و بالقياس الى ما ذكر يعرف المقصود من قوله تع احلّ اللّه البيع و حرّم الرّبا و قوله لا ـ تبع بيع المنابذه فانّ المراد من الاوّل هو امضاء البيع و نفوذه و تحقّق مضمونه و من الأخير خلافه

فان قلت انّ محذور الاضمار و ان اندفع بجعل ايجاب الوفاء بالعقد كنايه عمّا ذكر و لكن اصل الاشكال باق و هو كون متعلّق الوفاء امرا غير مقدور

قلت اشتراط القدره و الاختيار فى متعلّق الاوامر و النّواهى يختصّ بما كان الدّاعى الى الانشاء البعث و الزّجر حقيقه حيث انّه لا يكاد يحصل البعث فى نفس المكلّف او الزّجر الّا فى الامور الاختياريّه و أمّا اذا كان إنشاء الطّلب بغير داعى البعث و التّحريك فليس ذلك شرطا فيه كما فى إنشاء الطّلب تعجيزا او سخريّه فانّه من الطّلب حقيقه مع انّ

متعلّقه غير مقدور ففى المقام أيضا كذلك فانّ تحقّق مضمون العقد و ان كان خارجا عن اختيار المكلّف و لكنّه يصحّ تعلّق الطّلب به ارشادا و لا يلزم ان يكون متعلّق الوفاء مقدورا لما عرفت من انّ الدّاعى الى إنشاء هذا الطّلب الايجابى هو الارشاد الى تحقّق ما قصد من السّبب الكذائى فيكون متعلّق الوفاء هو نفس العقود لا الآثار و يكون المراد من طلب الوفاء بها هو نفوذ تلك العقود و تحقّق مضمونها

فان قلت استعمال الصّيغه فى الارشاد و فى غير معناها الحقيقى اى الحرمه يوجب كونه مجازا و انتم دفعتم محذور الاضمار و وقعتم فى محذور التجوّز

قلت الاصحّ انّ صيغه الطّلب من الامر و النّهى موضوعه للانشاء البعثى الايقاعى الّذى هو من مقوله الفعل و هى مستعمله فى جميع الموارد فى إنشاء الطّلب البعثى و لو كان الدّاعى إليه غير البعث و التّحريك من الارشاد و التحكّم و الانذار و نحوها و لا يوجب اختلاف الدّواعى تعدّد المعنى و استعمال الصّيغه فى غير إنشاء الطّلب فلو دعى الارشاد او التّحقير و التّعجيز او غيرها من المعانى إنشاء الطلب فهو كما لو دعى الطّلب النّفسانى فى انّ الصّيغه مستعمله فى إنشاء الطّلب فالموضوع له و المستعمل فيه فى جميع الموارد معنى واحد و اختلاف الدّواعى لا يوجب كثره الوضع او تعدّد المعنى خصوصا فيما هو محلّ الكلام الّذى هو من باب الكنايه و لا اشكال فى انّ اللّفظ فيها مستعمل فيما وضع له و النّجاه و ان عدوّا للصيغه معانى متعدّده و لكنّ الظّاهر انّها غفله صدرت من جهه اشتباه المصداق بالمفهوم و كذا الكلام فى لفظ الامر و النّهى و الالفاظ الموضوعه بمادّتها او هيئتها للاستفهام و التمنّى و الترجّى

فان قلت قد ذكرتم انّ بعض الاوامر المتعلّقه بالمعاملات مثل الأمر بالوفاء بالعقد لا يكون الّا لبيان الوضع و بعضها الاخر كالأمر المتعلّق بنفس العقد من البيع او الاجاره مثلا و ان امكن ان يكون للطّلب الحقيقى لكنّه ظاهر فى الارشاد لمعلوميّه أنّ الشّارع لم يأمر على سبيل الالزام او النّدب فى باب المعاملات و على هذا فالغرض من كلا نحوى الامر شى ء واحد و هو بيان جعل الصحّه و تحقّق المضمون و لو كان الامر كذلك فما الوجه فى اختلاف التّعبير عن بيان هذا الحكم الوضعى بقوله بع بيع كذا تاره و بقوله اوف بالعقد اخرى

قلت انّ اختلاف الانشاء انّما هو من جهه فرض تحقّق السّبب تاره و عدم تحقّقه اخرى و لا يكاد يصحّ الانشاء بقوله بع مع فرض تحقّق السّبب كما لا يخفى فاختلاف الموارد اقتضت اختلاف الإنشاءات بحيث لا يصحّ التّعبير باحدهما فى مورد الاخر

و بالجمله فالنّهى فى باب المعامله بالمعنى الاخصّ ظاهر فى الارشاد الى المانعيّه او الفساد

بقرينه ظهور الامر فى الارشاد الى الصحّه

و مع ذلك كلّه ففى بعض المقامات بملاحظه القرائن الخاصّه يمنع عن هذا الظّهور و يكون حاله حال المعامله بالمعنى الأعمّ من حمل النّهى على ظاهره من الطّلب التحريمى و قد عرفت انّه لا يقتضى الفساد و من جملتها ما هو محلّ الكلام فانّ ظاهر الأخبار و كلمات الاصحاب كون البيع فى المقام مبغوضا و محرّما و عليه فلا يكون النّهى فيها للارشاد الى الفساد و ما ذهب إليه المحقّق الاردبيلى قدّس سرّه من استفاده الارشاد مضافا الى التّحريم و الاثم فيه أوّلا انّ استعمال الصّيغه فى الطّلب المولوى و الارشادى كليهما يكون نحو استعمال اللّفظ فى معنيين محالا

فان قيل قد ذكرتم انّ الصّيغه مستعمله فى جميع الموارد فى إنشاء الطّلب البعثى و اختلاف الدّواعى لا يوجب تعدّد المعنى و عليه فالمستعمل فيه فى هذه الاخبار هو طلب التّرك و الارشاد و المبغوضيّه يكونان من الدّاعى لا المستعمل فيه

قيل لا نضائق من اجتماع جهتين او ازيد فى مقام الداعويّه و لكنّا نمنع فى خصوص الطّلب المولوى و الارشادى امكان اجتماع جهتيهما و ان لم يكونا من المستعمل فيه فانّ الاوّل من الطّلب النّفسى و الثّانى من الطّلب الغيرى فى الحقيقه و كيف يمكن اجتماع النفسيّه و الغيريّه و لو فى مقام الداعويّه و ثانيا انّه لو سلّم امكان ذلك ثبوتا فلا بدّ من دلاله عليه اثباتا و المسلّم فى المقام هو ظهور الصّيغه فى التّحريم و لا جهه تقتضى افادتها الارشاد الى الفساد من قرينه عامّه او خاصّه نعم مقتضى الاصل فى صوره الشّك فى الدّلاله على الفساد اصاله الفساد و عدم ترتّب الأثر و لكنّه كلام اخر فتفطّن

[النّوع الثّالث ممّا يحرم الاكتساب به ما لا منفعه فيه محلّله]

قوله (النّوع الثّالث ممّا يحرم الاكتساب به ما لا منفعه فيه محلّله)

الأنسب ذكر هذا النّوع فى باب شروط صحّه البيع و فى عداد ما يوجب فساده كما صنعه الشّهيد فى اللّمعه و لا فرق بين اشتراط وجود منفعه محلّله معتدّ بها عند العقلاء و سائر شروط الصحّه ككون المبيع مالا للبائع و قد اشاره ره الى هذا بقوله و التّحريم فى هذا القسم ليس الّا من حيث فساد المعامله و عدم تملّك الثّمن

قوله (لانّ المصلحه المقصوده منه و هو حفظ المتاع نادر)

و هذا هو المشهور و روى مسمع عن ابى عبد اللّه (ع) قال انّ رسول اللّه (ص) نهى القردان يشترى و ان يباع و عن جماعه جواز بيعه و شرائه كصاحب مجمع البرهان و الكفايه و الرّياض و الجواهر مجيبا عن الرّوايه بالضّعف و التّنزيل على حال عدم الانتفاع المعتدّ به او المحرّم كاللّعب به و المعتمد هو القول الاوّل

قوله (و اخرى الى قلّته كجزء يسير من المال)

او كثرته كالماء على الشّاطى و الثّلج فى الشّتاء فانّه كالجزء اليسير من المال يكون ملكا و لا يكون مالا لعدم منفعه معتدّ بها له

بحيث يقابل عرفا بمال

قوله (خلافا

للتّذكره فلم يوجب شيئا)

و اختار عدم الضّمان فى صوره التّلف كالقيمىّ و لا وجه لتضعيفه بانّ اللّازم ح عدم الغرامه فيما لو غصب صبره تدريجا لما ذكره من انّه يمكن ان يلتزم فيه بما لا يلتزم فى القيمىّ فكما انّ فى القيمىّ يفرّق بين القليل فى حدّ ذاته و فى ضمن الكثير و يلتزم بالضّمان اذا بلغ حدّ الماليّه فكذلك فى المثلى يلتزم بعدم الضّمان اذا كان قليلا و لم يبلغ حدّ الماليّه لعدم الفائده فى توجيه الخطاب بردّ المثل و بالضّمان اذا بلغ ذلك الحدّ و فرّق المصنّف فيما يملك و ليس بمال لقلّته بين المثلىّ و غيره و اختار الضّمان فى الأوّل دون الثّانى و لعلّ وجهه هو انّ الثّابت فى مقام البدليّه هو المثل فى الاوّل و ذلك ممكن و امّا القيمىّ فالثّابت هو القيمه و القليل التّالف لا قيمه له فلا يمكن الحكم بالضّمان لكنّ القول بثبوت الضّمان فى القيمىّ أيضا لا يخلو عن قوّه لعموم ادلّه الضّمان و ثبوت العوض و اذا كان التّالف ملكا يحكم بثبوت العوض لكفايه صلاحيّه التّالف لذلك من دون اعتبار كونه مالا

[النوع الرابع ما يَحرم الاكتساب به لكونه عملًا محرَّماً فى نفسه]

[تدليس الماشطه المرأه التى يراد تزويجها أو الأمه التى يراد بيعها]

قوله (خصوصا مع صرف الامام للنّبوى الوارد)

من الظّاهر انّ صرف الامام للنّبوى عن ظاهره لو كان الى امر مكروه كان مؤيّدا للحمل على الكراهه لاتّحاد السّياق و لكنّ الصّرف الى القياده المحرّمه اجماعا يقتضى لاتّحاد السّياق حرمه سائر ما ذكر فى النّبوى

[فى تزيين الرجل بما يحرم عليه من لبس الحرير و الذهب]

قوله (و فى دلالته قصور لانّ الظّاهر الخ)

الانصاف ظهور النّبوى بنفسه فيما هو المشهور من حرمه التشبّه بالمعنى المتقدّم و يؤيّده لفظ المتشبّهين و المتشبّهات فانّهما من الجمع المحلّى باللّام و هما و ان لم يدلّا على العموم من حيث افراد التشبّه و لكن فى إراده العموم من كلّ متشبّه ايماء الى ذلك و لا ينافيه خبر العلل لانّ الامام عليه السّلام استشهد لخروج الرّجل بالنّبوى و ذلك لا يقتضى صرفه عن عمومه اصلا نعم روايتا يعقوب و ابى خديجه صارفتان لعمومه الى خصوص التخنّث و المساحقه و لكن حصر الحرمه فيهما ينافى ما يدلّ عليه الرّوايه الأخيره

و امّا المعنى الّذى ادّعى المصنّف ره ظهوره فيه و هو تأنّث الذكر و تذكّر الانثى سواء كان باللّباس او بغيره بان يدخل نفسه فى عدادهنّ او تدخل نفسها فى عدادهم الّذى هو اعمّ من مدلول روايتى يعقوب و ابى خديجه و اخصّ من مدلول النبوّى الّذى عليه المشهور فلا شاهد عليه اصلا

قوله (بانّ الظّاهر عن التشبّه صوره علم المتشبّه)

قـال بعض المحشّـين ان كـان ذلـک من جهه اعتبار القصـد فی صـدقه فلازمه عـدم الحرمه مع العلم أيضا اذا لم يکن من قصـده التشـبّه و لا يلتزم به و ان لم يعتبر فی صـدقه القصـد فلا وجه للقصـر علی صوره العلم و فيه انّ الوجه هو کون الحرمه علی القول بها معلّقه علی عنوان التشبّه و

تحقّق هذا العنوان و صدقه موقوف على علمه بكونه انثى حتّى يكون مع تلبّسه بلباس الرّجال متشبّها بهم او بكونه ذكرا حتّى يكون مع لبس الخلخال مثلا متشبّها بالنّساء و الحاصل انّ الخنثى مع جهله بكونه ذكرا او انثى لا يتحقّق فى حقّه عنوان التشبّه فلا تغفل

[التشبيب بالمرأه المعروفه المؤمنه المحترمه]

قوله (انّ فى اطلاق الحكم نظر)

لمنع كونه فحشا مطلقا و لو لم يكن بعنوان التعشّق

[تصوير صور ذوات الأرواح]

قوله (هو قضاء العرف فتأمّل)

الظّاهر انّه إشاره الى عدم الفرق بين الواجب و الحرام و قضاء العرف به ممنوع فانّ متعلّق النّهى كمتعلّق الأمر هو الشّى ء بتمامه من غير فرق بين ان يكون امرا شرعيّا او موضوعا عرفيّا و عدم الاتمام كاشف عن عدم اشتغاله بالواجب او الحرام نعم كان متجرّيا من حيث اشتغاله ببعض مقدّمات الحرام بقصد تحقّقه

قوله (ع) (اهدى إلىّ طنفسه من الشّام)

هى نوع من البساط و فى القاموس الطّنفسه مثلّثه الطّاء و الفاء و بكسر الطّاء و فتح الفاء و العكس واحده الطّنافس البسط و الثّياب و كحصير من سعف عرضه ذراع و فى بعض النّسخ قطيفه

قوله (نعم يمكن ان يق انّ الحصر وارد الخ)

غرضه اثبات الحصر الحقيقى بملاحظه انّه فى مساق التّعليل و اعطاء الضّابطه فيستلزم حرمه الاقتناء و لا يخفى انّ الاستدلال المتقدّم لا ينافى ان يكون الحصر اضافيّا اذ الرّوايه حاكمه بحرمه الصّناعه الّتى لا يترتّب عليها الّا الحرام و هذا كاف فى الاستدلال فتدبّر

[فى حرمه التطفيف]

قوله (الخامسه التّطفيف حرام)

و هل الحرمه من حيث انّه عنوان مستقلّ من العناوين المحرّمه او من حيث انّه داخل فى عنوان اكل المال بالباطل قد يقال انّ الظّاهر من الاخبار و كلمات الاصحاب هو الثّانى و لكنّ الصواب هو الاوّل لظاهر الآيه و يؤيّده انّ التّطفيف بنفسه كذب و خيانه و يظهر الثّمره فيما لو طفّف و لم يتصرّف فى العوض فعلى الاوّل فعل حراما بمجرّد التّطفيف و على الثّانى لم يفعل حراما الّا اذا

قلنا بحرمه مقدّمه الحرام

[فى حرمه كتب الضلال]

قوله (نعم يوجب الضّلاله لليهود و النّصارى قبل نسخ دينها)

قال بعض الاعاظم لا وجه لهذا التّقييد اذ ايجابها الضّلاله لا يختصّ بما قبل النّسخ ه و لا يخفى انّ بعد النّسخ يكون التزامهم بالدّين المنسوخ سببا لضلالتهم لا العمل بكتبهم المحرّفه

قوله (قال ره فى ط فى باب الغنيمه)

قال بعض الاعاظم سياق الكلام يقتضى كون هذا النّقل من جهه كونه موافقا لما اختاره المصنّف مع انّه ليس كذلك اذ الشّيخ يصرّح فى اخر الكلام بوجوب تمزيق التّوريه و الإنجيل فكان الانسب ان يقول و قال فى المبسوط الخ ليدلّ على كونه مخالفا ه و الموجود فى بعض النّسخ الصّحيحه و لكن قال ره الخ و الظّاهر انّه الصّواب

قوله و امّا حرمه اتلافها فلا دليل عليه)

من الواضح انّ الصّواب فى حقّ العباره

ان يكون و امّا وجوب اتلافها

[فى الرشوه]

قوله (نعم لا يختصّ بما يبذل على خصوص الباطل)

هذا مختاره فى الرّشوه و هو الاظهر و المشهور بين الاصحاب و ان لم يمكن الوصول الى الحقّ بدونها فالاقرب انّه يجوز الدّفع و ان حرم الاخذ ثمّ انّ الاجره ما يؤخذ بإزاء الحكم سواء كان من المتخاصمين او من غيرهما و الجعل هو الأجره المأخوذه من خصوص المتخاصمين او من احدهما على الحكم بحسب المقاوله قبل الشروع فى سماع الدّعوى و الفرق بينه و بين الرّشوه انّها ما يؤخذ على الحكم لصاحبها فيكون الرّشوه فى مقابله الحكم و امّا الجعل فهو لا يتعلّق باحدهما بالخصوص بل من اصاب له الحكم على الوجه المعتبر يكون الجعل عليه و هذا لا تهمه فيه اصلا

قوله (و منه يظهر حرمه اخذ الحاكم للجعل)

الى هنا كان الكلام فى مفهوم الرّشوه و حكمها و امّا الجعل فالمختار عنده هو الحرمه مع تعيّن الحكومه عليه و الاظهر كما هو المشهور الحرمه مط لاطلاق روايه عمّار بن مروان و لا يعارضها روايه حمزه بن حمران الآتيه لأنّها اصحّ سندا و اوضح دلاله و امّا الاستدلال على الحرمه بانّه تكسّب بما يجب فعله عينا او كفايه فيتّضح الحال فيه بعد ذلك فى تلك المسأله إن شاء اللّه تعالى

قوله و امّا الارتزاق من بيت المال)

القاضى امّا ان يتعيّن عليه القضاء بتعيين الامام او بالانحصار او لا يتعيّن عليه و على التّقديرين امّا ان يكون له كفايه أم لا فان لم يكن متعيّنا عليه و كان غير ذى كفايه جاز الارتزاق بلا خلاف فانّ بيت المال للمصالح و هذا منها و كذلك الحكم مع الكفايه و ان استحبّ له عدم الارتزاق لما عرفت مضافا الى ما سيجى ء من الاخبار الوارده فى مصارف الاراضى الخراجيّه بل فى محكّى ط و جواز الرّزق للقضاه اجماعىّ لانّ بيت المال للمصالح و هذا منها ه و ان كان متعيّنا عليه و كان ذا كفايه فالمشهور المنع مستدلّين عليه بحرمه التكسّب بما يجب فعله على الإنسان عينا و فيه انّ الارتزاق ليس من باب الجعل و الاجره على العمل حتّى ينافيه و وجوب الفعل لو سلّم المنع عن التكسّب بما يجب بل هو بذل من الوالى لمصالح المسلمين و وجوب الفعل على القاضى لا يخرجه عن كونه من المصالح و امّا مع عدم الكفايه فالمشهور الجواز و ذهب بعض الى الجواز مط لاطلاق مرسله حمّاد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصّالح (ع) فى حديث طويل فى الخمس و الانفال و الغنائم قال و الارضون الّتى اخذت عنوه فهى موقوفه متروكه فى يد من يعمرها و يحييها ثمّ ذكر الزّكاه و حصّه العمّال الى ان قال (ع) و يؤخذ الباقى فيكون بعد ذلك ارزاق اعوانه على دين اللّه و فى مصلحه ما ينوبه من تقويه الدّين فى وجوب الجهاد و غير ذلك ممّا فيه المصلحه العامّه و ما عن الدّعائم عن علىّ (ع) انّه قال لا بدّ من أماره و رزق للامير و لا بدّ من عرّيف و رزق للعريف و لا بدّ من حاسب و رزق للحاسب

و لا بدّ من قاض و رزق القاضى و كره ان يكون رزق القاضى على النّاس الّذين يقضى لهم و لكن من بيت المال و مع ذلك كلّه فالمنع فيما اذا كان القاضى متعيّنا عليه القضاء و كان مليّا غير محتاج اظهر فانّ دعوى كون المتيقّن من ادلّه جواز الارتزاق هو صوره الحاجه غير بعيده و يمكن ان يستدلّ على المنع بما كتبه أمير المؤمنين (ع) إلى مالك الاشتر بعد ذكر صفات القاضى من قوله (ع) و اكثر تعاهد قضائه و افسح له فى البذل ما يزيح علّته و تقلّ معه حاجته الى النّاس فانّه اذا دلّ على المنع من الزّائد عمّا يزيح علّته كان دالّا على المنع أيضا فيما لم يكن له علّه فت

قوله (و للرّوايه توجيهات تكون الرّوايه الخ)

فيحتمل ان يكون المراد من القضاء الحكم و من الحاجه الخصومه و يكون ثمّ للتّرتيب فى الاخذ و ان وقع المقاوله قبل ذلك و يحتمل ان يكون ثمّ للتّرتيب فى الاخذ و المقاوله معا و يحتمل ان يكون للتّرتيب فى الاخذ من دون مقاوله اصلا و على كلّ من هذه الاحتمالات الثّلاث يسمّى المدفوع باسم الهديّه و يصوّر بصوره البرّ و الصله و لا اشكال ح فى التّحريم لكونه رشوه و يحتمل ان يكون المراد من القضاء و الحاجه هو المعنى المعهود منهما غير الحكم و الخصومه و لا اشكال ح فى الجواز و تكون الرّوايه للمبالغه فى رجحان التجنّب

قوله (فيكون الحرمه هنا لاجل الفساد)

فانّ المبذول لم يكن مشمولا لاحد الاسباب الشرعيه و العناوين النّاقله و لم يصحّ كونه من الجعل فانّه يمكن اذا كان العمل المعوّض عليه حلالا

قوله (يشترون منّا القرب و الاداوى)

القرب جمع القربه و هى ما يستسقى فيه الماء و الاداوى جمع الاداوه و هى المطهره

قوله (و فى فساد المعامله المحابى فيها وجه قوىّ)

لا اشكال فى هذا فى غير الصّوره الاخيره و امّا فيها فيمكن ان يق انّ حرمه المعامله مسلّمه لما ذكره من كونها رشوه او بحكمها بتنقيح المناط و امّا فسادها فلا وجه له لانّ حصول الرّشوه و صدقها او حصول مناطها و هو التوصّل الى الحكم يكون عنوانا خارجا عن ذات المعامله و وصفا متّحدا معها فى الوجود و ذلك لا يقتضى الفساد الّا انّ الاقوى صحّه ما ذكره فانّ الرّشوه و التوصّل الى الحكم و ان كان خارجا عن حقيقه المعامله الّا انّ العرف فى المقام يحكم على المبذول بانّه رشوه و لا يعدّ هذه المعامله معامله اصلا و هذا بخلاف سائر المعاملات الّتى ينطبق عليها عنوان محرّم خارج عنها كبيع العنب ممّن يعمله خمرا و بيع السّلاح لاعداء الدّين فانّه بيع حقيقه و لكنّه اعانه على الاثم او تقويه للكفر فتدبّر

قوله (على حرمه الاخذ لا على الضّمان)

اشار سابقا الى انّ فى بعض الاخبار كون هدايا العمّال سحت و لا بدّ من التصرّف فيه امّا بحمل الموضوع على ما كان رشوه فى الحقيقه و امّا بحمل المحمول على مجرّد حرمه الاخذ

قوله (لو ادّعى الدّافع انّها

هديّه ملحقه بالرّشوه)

يحتمل ان يكون المراد بالهديّه الملحقه بالرّشوه هى الملحقه بها موضوعا و امّا ما كان هديّه محضه بان لم يقصد منها المقابله بل اعطى مجّانا ليكون داعيا على الحكم فقد مرّ منه انّ الظّاهر عدم ضمانه و يحتمل ان يكون المراد بها الملحقه حكما و لكنّ الفرع فى المقام يكون مبتنيا على ما اختاره بعض من الضّمان فى جميع الهدايا المحرّمه لظاهر اطلاق السّحت عليها فى بعض الرّوايات

قوله (و لاصاله الضّمان فى اليد)

التّقييد ببعد التّلف للاشاره الى انّ معنى الضّمان هو لزوم التّدارك و هذا معنى لا يتحقّق الّا بعد التّلف باداء المثل او القيمه و امّا لو كان معناه العهده شمل صوره بقاء العين و تلفها و لكنّ الظّاهر من قوله (ص) على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى بناء على دلالته على الحكم الوضعىّ انّما هو إراده الاستقرار فى العهده و شموله لصوره بقاء العين لأنّ ظهور الاداء فى ردّ العين قرينه على ثبوت العهده و الحكم بها فى صوره بقاء العين و يمكن ان يق انّ النّبوىّ لا يراد منه الّا الضّمان بمعنى التّدارك و المراد منه هو التزام عهده العين على تقدير التّلف الى ان يردّها الى مالكها فاذا ردّها ارتفع الضّمان الثّابت معلّقا على التّلف و لكن لا يخفى بعده و تمام الكلام فى معنى الضّمان موكول الى محلّه و الغرض هو الاشاره الى انّ التمسّک باصاله الضّمان بناء على انّ معناه التّدارک يختصّ بصوره التّلف

قوله (و يحتمل العدم اذ لا عقد مشترک)

فى الفرع السّابق لم يكن اشكال فى جريان اصاله الصحّه سواء اريد بها اصاله الصحّه فى فعل الغير أم اريد اصاله الصحّه فى العقد و امّا هنا فحيث انّه لا عقد مشترک فيه يمكن المنع عن جريانها بوجهين الاوّل انّ اصاله الصحّه لا يحرز العنوان فهى تقتضى عدم فعل الدّافع حراما و انّه لم يدفع رشوه و امّا كون المقبوض هبه صحيحه فلا و هذا كما لو شكّ فى انّ من مرّ به و تكلّم بكلام هل سلّم عليه او شتمه كان مقتضى هذا الاصل عدم وقوع الشّتم فلا يحكم بفسقه و انّه فعل حراما و امّا اقتضائه لوجوب ردّ السّلام فلا الثّانى انّه لو استند فى قاعده اصاله الصحّه فى خصوص العقود الى الاخبار الدالّه على حمل فعل المسلم على الصحّه فلا يختصّ موردها بما اذا كان هناک قدر مشترک و كان جاريه فى الفرعين و لو استند فيها الى الاجماع و السّيره فالمتيقّن منهما هو الحمل على الصحّه فيما كان هناک قدر مشترک و ذلک لعدم وجود اطلاق لفظىّ يشمل غيره فيختصّ جريانها بما هو المتيقّن و عليه فالدّافع منكر لاصل العقد الّذى يدّعيه القابض لا لصحّته فيحلف على عدم وقوعه و ليس من مورد التّداعى حتّى يعارض اصاله عدم وقوع العقد الّذى يدّعيه القابض باصاله عدم العقد الّذى يدّعيه الدّافع فانّ مورده هو خصوص ما لو كان كلّ منهما مدّعيا لامر اثباتىّ بعد تسالمهما على

وجود متعلّق صالـح لكلّ منهما هذا مضافا الى انّ الضّـمان لا يترتّب على وجود العقد الّذى يدّعيه الدّافع كى يرتفع باصاله عدمه بل هو من آثار عموم اصاله الضّمان فى اليد اى قاعدتها

قوله (أقواهما الاوّل لانّ عموم خبر على اليد)

لا اشكال فى انّ الشّارع جعل اليد سببا للضّمان الّا اذا كان التّسليط من المالك مجّانا و اذا ثبت عدمه بالاصل اقتضى اليد ثبوت الضّمان و ان شئت قلت انّ التّسليط المجّانى مانع من الضّمان و اذا وقع الشّك فى تحقّقه فى الخارج كان استصحاب عدمه كافيا فى جريـان العموم و بعبـاره اخرى موضوع الضّـمان مركّب من ثبوت اليـد على مـال الغير و عـدم التّسـليط مجّانـا و الاـوّل محرز بالوجـدان و الثّانى بالاصل فلا يتوهّم انّ العمومات لا يكون لها قوّه على رفع الشّـبهه عن الموضوع الخارجىّ لانّ التمسّك بالعامّ فى امثـال المقـام انّمـا هو بضـميمه الاصـل المحرز لحـال الموضوع الخـارجىّ و ممّـا ذكرنا تقـدر أيضا على دفع ما توهّمه بعض المحشّـين من انّ اصاله عـدم التّسـليط مجّانا لا يثبت انّ اليد الخارجيّه ليست مجّانيه و قاس المقام على اصاله عدم وجود الكرّ فى الاناء فى عدم اثباتها لانّ الماء الموجود فيه غير كرّ و على اصاله عدم وجود الهاشـمىّ فى الدّار فى عدم اثباتها كون المولود فيها غير هاشمىّ

و الحاصل انّ عموم على اليد بضميمه الاصيل الموضوعى حاكم على اصاله عدم سبب الضّمان

[فى سب المؤمنين]

قوله (و فى مرجع الضّمائر اغتشاش)

صحيـح الرّوايه كمـا فى الوسائـل و الوافى قال (ع) البادى منهما اظلم و وزره و وزر صاحبه عليه ما لم يعتـذر الى المظلوم و على هذا فلا اغتشاش و المراد يكون كما ذكره

قوله (و امّا الوالد فيمكن استفاده الجواز)

الظّـاهر انّه اراد التمسّـك بقولهم (ع) انت و مالـك لابيـك منضـما بـالفحوى الّتى تمسّـك بهـا للجواز فى قول السـيّد فى مقـام التّـأديب و الّـا فمن الواضـح انّ مجرّد الملكيّه لا يفيـد الجواز و يـدفع هـذا الاسـتدلال أوّلا بانّ قول المولى جاز فى مقام التّأديب بفحوى جواز الضّـرب و فى غير التّأديب تقتضـى العمومات عـدم الجواز و ثانيا بكون اللّام للاختصاص لا للتّمليك و الّا لجاز بيع الولـد و عتقه فالجمله دالّه على كون الولـد من نعم اللّه تع الّتى انعم بها على الوالـد و ينتفع بها و هـذا لا يدلّ على جواز السّب و الايذاء نعم يدلّ على جواز الانتفاع به و بماله بل الظّاهر من مجموع الاخبار عدم جواز الانتفاع بماله الّا بقدر الضّروره

قوله (او اقسام و عزائم)

العزيمه الرقيه و عزمت عليكم اى اقسمت عليكم و الرقيه بضمّ الرّاء العوذه

[فى الغش]

قوله (و باظهار الشّى ء على خلاف جنسه كبيع المموّه)

و قد يكون بغير ما ذكر من الاقسام الاربعه كوضع الحرير فى المكان البارد ليكتسب ثقلا و البيع تحت الظّلال او فى الظّلمه و يمكن ان يرجع الاوّل الى مزج غير المراد بالمراد فانّ بسبب بروده المكان يمتزج الحرير باجزاء من الرّطوبه و يكون من قبيل مزج اللّبن بالماء و يرجع الثّانى الى اظهار الصّفه الجيّده المفقوده واقعا بعد تعميم

الغشّ بما يشمل اخفاء العيب فانّ اظهار المعيوب على نحو الصّحيح يكون من اظهار صفه جيّده و هى الصحّه مفقوده واقعا و على ایّ حال فالحكم بحسب كلّ من الصّور و الاقسام ما سيذكره من العمل على ما يقتضيه القاعده عند تبيّن الغشّ

قوله (كما يشهد به العرف و الشّرع)

امّا العرف فلانّه لا يرى الصّحيح و الفاسد من المتباينين بحسب الحقيقه و انّما يراهما من المتخالفين فى الخصوصيّات الشخصيّه و امّا الشّرع فلعدم حكمه بفساد ما ظهر معيوبا مع حكمه بفساد ما ظهر كونه مخالفا للمبيع فى الحقيقه

قوله (ثمّ انّه قد يستدلّ على الفساد كما نسب الخ)

ما يستدلّ به على الفساد وجوه الاوّل ما نقله عن جامع المقاصد الثّانى و الثّالث ما نسب الى المحقّق الاردبيلى ره من النّهى المتعلّق ببيع المغشوش و النّهى عن الغشّ المتّحد مع البيع الرّابع الامر بالالقاء فى البالوعه فى روايه موسى بن بكير فانّه يدلّ على انّ بيعه لا يفيد النّقل و الانتقال و يكون أكلا للمال بالباطل الخامس انّ النّهى عن الغشّ للارشاد الى فساد البيع و يرشد إليه التّعبير بعدم الصّلاحيه فى روايتى الحلبى فانّ قوله (ع) لا يصلح إشاره الى عدم اقتضاء البيع لترتيب ما قصد منه من الاثر و الجميع منظور فيه امّا الاوّل فبما ذكره من انّ وصف الصحّه ملحوظ على وجه الشّرطيه فلا يوجب الّا الخيار و امّا الثّانى فبانّه لم يوجد فى خبر و امّا الثّالث فبما مرّ سابقا من انّ النّهى المتعلّق بوصف متّحد مع البيع لا يوجب الفساد قطعا و امّا الرابع فبعد الغضّ عن ضعف سند الرّوايه فانّ موسى بن بكير على ما فى كتب الرّجال واقفىّ و ضعّفها المجلسى ره فى حواشى الكافى لذلك بانّ الامر المذكور انّما يدلّ على كون الالقاء مقدّمه لعدم وقوع بيع المغشوش و هذا كما يمكن ان يكون من جهه فساد البيع يمكن ان يكون من جهه انّ بيعه حرام و القائه كذلك منع عن وقوع الحرام و دفع للمنكر و لو سلّم انّه من جهه فساد البيع و عدم ترتّب الاثر فالفساد ح كما فى المتن من حيث انّه لا يقصد منه الّا المنفعه المحرّمه فان التّقطيع و الالقاء فى البالوعه لا وجه له الّا بحمل الدّينار على المضروب من غير جنس النّقدين فانّه لو كان مغشوشا بالخلط بالجنس لما جاز القاؤه فيها لعدم سقوطه عن الماليّه بذلك و لا اشكال فى انّ المضروب من غير جنس النّقدين لا يقصد منه الّا الحرام و التّعليل المذكور فى الرّوايه يساعد الجواب الاوّل كما لا يخفى و امّا الخامس فبمنع ظهور النّهى المتعلّق بالغشّ الخارج عن ذات المعامله و المتّحد معها وجودا فى الدّلاله و الارشاد على الفساد و التّعبير بعدم الصلاحيّه لا يتبادر منه الّا الحكم التّكليفى و إراده غيره منه بلا قرينه ممنوع جدّا

قوله (و ان كان من قبيل التّراب الكثير فى الحنطه)

و حكم تبعّض الصّفقه هو بطلان البيع بالنّسبه الى التّراب الزّائد و يتخيّر المشترى بين فسخ البيع رأسا و امضاء البيع فيما هو واجد لشرائط الصحّه

بما يخصّه من الثّمن الموزّع عليه و يكون بطلان البيع بالنّسبه الى التّراب الكثير كبيع الحرّ من حيث عدم قابليّته للملكيّه و لو كان فقدان البعض لشرائط الصحّه من جهه عدم كونه ملكا للبائع كبيع عبده و عبد غيره وقف على اجازه المالك فان لم يجز تخيّر المشترى بين الفسخ رأسا و الامضاء فيما يصحّ بيعه بقسطه من الثّمن و لو كان الغشّ بشى ء متموّل فالحكم أيضا هو تبعّض الصّيفقه فانّه يبطل البيع بالنّسبه الى الممزوج و يتخيّر المشترى بالنّسبه الى الباقى و الفرق بين الصّورتين هو ما اشار إليه فى المتن من نقص الثّمن بمقدار التّراب الزّائد فانّ التّقييد بالزّائد للاشاره الى ملاحظه تنقيص الثّمن بالنّسبه الى المقدار الزّائد على المقدار الّذى لا تخلو الحنطه عنه على ما هو المعتاد فانّ ذلك يحسب بحساب الحنطه و لا اشكال فى صحّه البيع و عدم حرمته بالنّسبه إليه فانّه لا يكون من الغشّ و هذا بخلاف الصّوره الثّانيه فانّه يبطل البيع بالنّسبه الى الممزوج بتمامه فانّه ليس ممّا يعتاد وجوده فى الحنطه مثلا و امّا مجرّد كون الخليط فى احدهما متموّلا دون الاخرى فلا يوجب فرقا

[فى الغناء]

قوله (بظهور الطّائفه الاولى بل الثّانيه)

الوجه فى هذا التّعبير هو انّ الخدشه فى الطّائفه الثّانيه مبتيّه على ان يكون لهو الحديث من اضافه الصّيفه الى الموصوف و امّا ان اريد منه نفس الوصف بان يكون المذموم هو ايجاد الكلام على وجه اللّهو من حيث لهويّته كان دالّا على ذمّ الكيفيّه و لا يكون الغناء ح من مقوله الكلام

قوله (و روايه محمّد بن ابى عباد و كان مستهترا بالسّماع)

فى نسخه الوسائل المصحّحه و كان مستهترا بدل و كان مشتهرا و فى المجمع و فى الدّعاء المستهترون بذكر اللّه اى المولعون به و فلان مستهتر بالشّراب اى مولع به لا يبالى ه

قوله (و الاحسن من الكلّ ما تقدّم من الصحاح)

حيث قال و الغناء بالكسر من السّماع و سيأتى أيضا فى المتن ما نصّه و لقد اجاد فى الصحّاح حيث فسّر الغناء بالسّماع و هو المعروف عند اهل العرف

قوله (و ما ثمنها الّا كثمن الكلب فتأمّل)

يمكن ان يكون إشاره الى انّ قوله (ع) قد يكون للرّجل الجاريه تلهيه يدلّ على حرمه اللّهو و الالتهاء و لو لمولاها و لا يدلّ على حرمه الغناء المجرّد عن اللّهو و الاقتران بالملاهى و هذا يوافق القول بانّ الحرام ما يقترن بالغناء من المحرّمات لا نفسه و لا يخفى انّ هذه الرّوايه بناء على تماميّه دلالتها على حرمه غناء المغنّيه و لو لمولاها انّما تفيد فى ردّ القول باباحه الغناء الخالى عن اقتران الملاهى و لمعارضه ما يشعر به روايه ابى بصير من كون المحرّم هو الّذى يدخل فيه الرّجال على المغنّيات و امّا مجرّد القول باباحه غناء المغنّيه فى الاعراس كما سيأتى فلا ينافى هذه الرّوايه و لا تعارضه و ذلك واضح

قوله (بعض من متأخّرى المتاخّرين)

هو النّراقى فى المستند

قوله (و فيه انّ ادلّه

المستحبّات لا تقاوم الخ)

یتّضح الکلام ببیان امرین الاوّل انّ الدّلیلین المتنافیین ان علم اجمالا بخروج ما تصادقا فیه من تحت اطلاق احدهما او عمومه بحیث علم بعدم ارادته من عمومه او اطلاقه و یکون احدهما کاذبا فی ظهوره کان التّنافی من حیث الدّلاله و الکشف و لا محاله یقع بینهما التّعارض و لا یکون فی المتعلّق الّا ملاک واحد و لا بدّ فی مقام العلاج من الرّجوع الی التّرجیح بالدّلاله او السّند لو کان و الّا فالتوقّف و التخییر علی الخلاف فی العامّین من وجه و من هذا القبیل یستحبّ اکرام العلماء و لا تکرم الفسّاق حیث انّ الامر و النّهی واردان علی کلّ واحد من الافراد لانّ متعلّقهما من العامّ الاستغراقی و الفرد الّذی تعلّق به الاستحباب تعلّق به الحرمه أیضا فیکون المنهیّ عنه ذات ما تعلّق به الأمر الاستحبابی من غیر اعتبار جهه فیه اصلا بمعنی انّ المنهیّ عنه هو تمام هذه الحصّه و یکون الحصّه بتمامها مبغوضه ذاتا و مع ذلک لا یعقل کونها ذات مصلحه أیضا کما لا یعقل تعلّق الحکم الاستحبابیّ بها فیکون النّهی عنها مانعا من الامر و من جهته المقتضیه له و هذا هو المنافات بین الجعلین و العلم بکذب احدهما بماله من الظّاهر و ان علم بدخول ما تصادقا فیه تحت عموم کلّ منهما او اطلاقه بحیث یعلم کونه مرادا من کلّ منهما کان من باب التّزاحم و لا یعامل معهما معامله التّعارض و کان فی المتعلّق ملاکان و المرجع هو المرجّحات الاقتضائیّه و من هذا القبیل مسئله اجتماع الامر و النّهی فیها یکون کلّ من الطّبیعه المأمور بها و المنهیّ عنها مشتمله علی ما هو مناط الحکم حتّی فی مورد الاجتماع و یکون المقتضی لکلیهما موجودا فی مورد الاجتماع بحیث لا یکون من هذه الجهه تفاوت بین هذا الفرد منها و سائر الافراد و لیس التّنافی فیه من التّنافی بین الجعلین و النّهی وارد علی الجهه الموجوده فی الفرد و هی جهه الغصبیّه و لازمها مبغوضیّه تلک الجهه وحدها و امّا مبغوضیّه جهه اخری موجوده معها فی تلک الصّلاه فلا و بناء علی امتناع الاجتماع یکون النّهی مانعا عن الامر مع بقاء الجهه و الملاک الثّانی انّ عنوان المستحبّ ان کان من العناوین الاولیّه کاستحباب غسل الجمعه فلا یخلو تعارضه مع الحرام امّا ان یکون من باب اجتماع الامر و النّهی و امّا من باب التّعارض المصطلح ففی الاوّل لا اشکال فی تقدیم دلیل الحرام لعدم المنافاه بین کون الفعل من جهه مشتملا علی مصلحه غیر ملزمه و من جهه اخری مشتملا علی مفسده ملزمه و لمّا کان اللّازم هو الرّجوع الی اقوی الجهتین فلا شکّ فی انّ دلیل المستحبّ بسبب وجود مصلحه غیر ملزمه لا یقاوم دلیل الحرام المشتمل علی مفسده ملزمه علی التّرک و ادلّه الاحکام من الواجبات و المحرّمات و المستحبّات و غیرها انّما تدلّ علی کون الفعل لو خلّی و طبعه مع قطع النّظر عن امور طاریه علیه حکمه کذا و ذلک لا ینافی طروّ عنوان یفید حکما آخر و یکون اقوی تأثیرا

خصوصا فی الاحکام الثّلاثه اعنی الاباحه و الاستحباب و الکراهه فانّ جهاتها لا یزاحم جهه الوجوب او الحرمه فدلیل الاستحباب لا ینافی طروّ عنوان من الخارج یوجب لزوم فعله او ترکه کما اذا صار مقدّمه لواجب او صادفه عنوان اخر و لیس له قوّه لرفع الحرمه عن العنوان الطّارئ بل الامر بالعکس و ذلک واضح و التّقیید الواقع فی المتن فی الفعل المستحبّ بقوله لو خلّی و طبعه لیس للاحتراز عن الوجوب و الحرمه و لیس لهذه الجمله مدخلیّه فی تغلیب جانب الحرمه کما یوهمه ظاهر العباره فانّ کلّ حکم انّما یعرض موضوعه کذلک و التّقیید انّما هو لبیان عدم مقاومه دلیل الاستحباب للدّلیل الالزامی و فی القسم الثّانی لا اشکال فی الرّجوع الی قواعد التّعارض اذ لا فرق بین قول القائل یجب اکرام العلماء و قوله یستحبّ اکرامهم فی معارضته مع قوله یحرم اکرام الفسّاق و ان کان عنوان المستحبّ من العناوین الثانویّه کإجابه دعوه المؤمن و ادخال السّرور علیه فلا اشکال أیضا فی عدم مقاومه دلیله لدلیل الحرمه سواء کانت للشّی ء بعنوانه الاوّلی او الثّانوی و ذلک لانّ الاستحباب بالعنوان الثّانوی انّما یستدعی محلّا مباحا و لا یعقل رغبه الشّارع و طلبه لامر یکون ذا مفسده و مبغوضا عنده و انّما المعقول هو عروض الصّفه المحسّنه بالعنوان الطّارئ لامر خال عن المصلحه و المفسده الذّاتیّتین او العرضیّتین و السّر فی ذلک هو ما عرفت من انّ التّنافی الواقع یکون من باب التّزاحم و یرجع دلیل الاستحباب الی استحباب ایجاد الشّی ء بسببه المباح لا بسببه المحرّم و بعد ذلک کلّه فنقول انّ المستدلّ توهّم کون التّنافی بین حرمه الغناء و عمومات أدلّه الابکاء من باب التّعارض و التّرجیح لادلّه الابکاء کتوهّم ذلک بینها و بین عمومات قراءه القرآن بالصّوت الحسن مع انّ التّنافی فی کلیهما راجع الی التّزاحم امّا فی الابکاء و الرّثاء فهو من باب توقّف المستحبّ علی مقدّمه محرّمه و امّا فی قراءه القرآن فالدّلیلان من باب اجتماع الامر و النّهی و علی ایّ حال لا اشکال فی تقدیم جهه الحرمه ثمّ انّ الممیّز بین التّعارض و التّزاحم فی تشخیص الصّغریات یطلب فی الاصول

قوله عدا روایه نبویّه)

و رد مرسلا انّه (ص) قال لعبد اللّه بن رواحه حرّک بالنّوق فاندفع یرتجز و کان عبد اللّه جیّد الحداء و کان مع الرّجال و کان انجشه مع النّساء فلمّا سمعه تبعه فقال (ع) لأنجشه رویدک رفقا بالقواریر و انجشه بفتح الهمزه و الجیم من خدّام رسول اللّه (ص) و کان معروفا بالمهاره فی سوق الابل بالحداء و فی دلالتها و سندها ضعف امّا من حیث السّند فلإرسالها و دعوی انجبارها بعمل الاصحاب غیر مسموع لعدم تحقّق الشّهره الجابره و امّا من حیث الدّلاله فلانّ تجویزه (ص) حداء عبد اللّه بن رواحه لا یدلّ علی کون الحداء الواقع منه کان علی صفه الغناء فلعلّه لم یکن کذلک ثمّ علی تقدیر العمل بها فهل یتعدّی الی غیر موردها من سوق الخیل و البغال و الحمیر وجهان الاقوی

العدم فانّ الحكم على فرض ثبوته مخالف للقواعد و فى المجمع و حدا بالابل حدوا و حداء مثل غراب اذا زجرها و غنّى بها ليحثّها على السّير و منه زاد المسافر الحداء ه و قولهم زاد المسافر الحداء روايه عامّيه

[فى الغيبه]

قوله (و يحتمل ان يراد بالموصول نفس الكلام)

و تظهر الثّمره بين هذا الاحتمال و ما تقدّم من إراده نفس النّقص الّذى فيه فيما لو ذكر الشّخص بعيب ظاهر مذمّه و استهزاء كذكره بصفاته الظّاهره مثل الاعمش و الاعرج فى مقام المذمّه فانّه غيبه على الثّانى لصدق الذّكر بالسّوء عليه دون الاوّل و ذلك لظهوره و عدم خفائه فليس فيه اظهار امر يكرهه

قوله (دلّ العقل او الشّرع على كونها اعظم)

هذا التّعبير احسن من تعبير جامع المقاصد حيث يقول و امّا ما كان لغرض صحيح فلا يحرم فانّ الغيبه كسائر المحرّمات انّما يجوز اذا زاحمها مصلحه كانت اهمّ منها و لا وجه لجوازها لمطلق غرض صحيح

قوله (دلّ على ترتّب حرمه الاغتياب)

تمسّك أوّلا بما وقع فى الجزاء و رتّب قبول الشّهاده على كونه من اهل العداله و حرمه غيبته على كونه من اهل السّتر ثمّ تمسّك ثانيا بمفهوم الجمله الشرطيّه حيث انّ كلمه من الموصوله متضمّنه لمعنى الشّرط و يكون الجزاء المرتّب على الشّرط و هو عدم رؤيته بالعين مرتكبا للذّنب و عدم شهاده الشّاهدين عليه امورا أربعه كونه من اهل العداله و كونه من اهل السّتر و قبول شهادته و حرمه غيبته فمفهوم الجمله بتمامها انّ من رأيته بعينك يرتكب ذنبا أو شهد عليه شاهدان انتفى عنه الاحكام الاربعه الّتى كان اخرها حرمه غيبته و لمّا كان المفهوم اعمّ من المتجاهر و غيره كان غير المتجاهر خارجا عنه بالدّليل و بقى المتجاهر محكوما بالحرمه و مرادا من المفهوم

و توهّم انّ قوله (ع) و من اغتابه الخ جمله مستأنفه غير معطوفه على الجزاء فلا يفيد ما ذكر لأنّه ح كلام مبتداء و جمله شرطيّه مستقلّه و مفهومها انّ من لم يغتبه بما فيه لم يكن خارجا عن ولايه اللّه تعالى و هذا غير مرتبط بما يراد فى المقام خلاف الظّاهر و يمكن المناقشه فيما افاده ره من خروج مطلق غير المتجاهر عن المفهوم فانّ المستفاد من مفهوم قوله (ع) من عامل النّاس فلم يظلمهم الخ انّ الظّالم و الكاذب لم يحرم غيبته و خلف الوعد لو كان حراما كما هو الاصحّ فلا اشكال فى دلاله المفهوم على عدم حرمه غيبته المخلف و لو لم يكن حراما فإلحاقه بالظّالم و الكاذب منطوقا و مفهوما غير ضائر هذا مضافا الى ما دلّ على عدم حرمه مطلق الفاسق بل روى مرسلا عن النبىّ (ص) انّه لا غيبه للفاسق الّا ان يقال انّ مفهوم قوله (ع) فى روايه هارون بن الجهم اذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له و لا غيبه و كذا مفهوم قوله (ع) من القى جلباب الحياء فلا غيبه له و مفهوم قوله و الفاسق المعلن بفسقه مخصّص لعموم مفهوم الرّوايه الاولى و الانصاف انّ المستفاد من مجموع الرّوايات منطوقا و مفهوما هو

حرمه غیبه غیر المتجاهر و الّا ففی دلاله کلّ

واحد منها عليها تامّل و ذلك لقوّه احتمال ان يراد من قوله (ع) من القى جلباب الحياء هو القائه من اللّه تعالى بكثره الفسق و المعصيه و لو لم يكن متجاهرا لا ان يكون المراد هو خصوص غير المستور و امّا قوله (ع) و الفاسق المعلن بفسقه فالتمسّك به مبنىّ على الاخذ بمفهوم الوصف و هو غير ثابت

قوله (نعم تقدّم عن الشّهيد الثّانى احتمال)

قد تقدّم فى حرمه سبّ المؤمنين نقل ذلك عن الرّوضه

قوله (و كذلك النصح من غير استشاره)

لا يخفى انّه امّا ان نقول بوجوب النّصح من غير استشاره و امّا ان نقول باستحبابه و انّه من قبيل قضاء الحاجه و اكرام الضّيف و على كلا التّقديرين فامّا ان يتعلّق بامر الدّنيا او الدّين فالصّور اربع و على القول بوجوبه فلا اشكال فى الرّخصه اذا كان مصلحه النّصح اهمّ من مصلحه السّتر على المغتاب من غير فرق بين ما كان النّصح متعلّقا بامر الدّين او الدّنيا و امّا على القول باستحبابه فلو كان متعلّقا بامر الدّين و كان تركه مستلزما لوقوع المنصوح فى معصيه اللّه تعالى فالظّاهر جواز الغيبه بناء على انّ دفع المنكر كرفعه واجب و لو لم يكن كذلك فلا وجه للجواز و هتك عرض المغتاب و المستحبّ لا يزاحم الحرام

قوله (و يمكن الاستدلال عليه بحكايه هند)

وجه التّعبير بالامكان هو احتمال وقوع الاشتكاء منها فى مقام التظلّم لا الاستفتاء كما انّ الوجه فى التّعبير بذلك فى صحيحه ابن سنان هو انّها ليست ظاهره فى كونها فى مقام الاستفتاء لاحتمال انّ الرجل أراد بيان العلاج من النبىّ (ص) و عليه فيكون داخلا فى احد العناوين الاخر و العمده فى الدّليل هو مزاحمه مصلحه الاستفتاء لمصلحه السّتر

قوله (بروايه الفاسق اعظم من مفسده شهادته)

اى شهاده الجارح بالجرح

قوله (فقد ورد انّ السّامع للغيبه احد المغتابين)

هذه الجمله مضمون روايتين إحداهما ما ورد مرسلا عن النّبى (ص) المستمع احد المغتابين و الثّانيه ما عن امير المؤمنين (ع) السّامع للغيبه احد المغتابين

قوله (و يمكن القول بتعدّد العقاب)

ظاهر العباره ثبوت عقابات ثلاثه الاوّل للكذب و الثّانى للغيبه و الثّالث للمركّب منهما و فيه انّ الفرد الخارجى محصّل للعنوانين و المركّب منهما ليس شيئا غيرهما و ليس مغايرته لهما الّا بالاعتبار و لا وجه لثبوت عقاب زائد غير ما يترتّب على العنوانين

قوله (ع) (و يغفر زلّته و يرحم عبرته)

غفران زلّته هو العفو عن خطائه و ان لم يظهر شيئا من النّدم او المعذره و اقاله عثرته هو الصّفح عن خطائه اذا اظهر النّدامه

قوله (ع) اخوان الثّقه و اخوان المكاشره)

بالشّين المعجمه من كاشره اذا تبسّم فى وجهه و انبسط معه

[فى القمار]

قوله (عن ياسر الخادم عن الرّضا (ع)

الحرمه التّكليفيّه فى المقام على وجهين الاوّل هى الحرمه الابتدائيّه اللّاحقه للفعل بنفسه الثّانى الحرمه التّابعه للحكم الوضعى و هو الفساد و البطلان

و الحرمه على الثّانى لا اشكال فيها كما ستعرفه من كلام المصنّف ره فانّ التصرّف فى كلّ مال فاسد بسبب انتقاله حرام قطعا و لم يخالف فيه احد و انّما المقصود فى المقام هو اثبات الحرمه على الوجه الاوّل و هذه الرّوايه و ما يتلوها من الرّوايتين غير ظاهره فى الدّلاله عليها فانّ كون النّفل او المقامر عليه ميسر لا يدلّ على حرمه الفعل نعم لا اشكال فى دلاله الرّوايتين السّابقتين على حرمه نفس الفعل لانّ الرّهان اسم للفعل لا للمال المراهن به

قوله (مع فساد المعامله حرام أيضا فتأمّل)

لا اشكال فى انّ حرمه التصرّف فى المال من لوازم البطلان فحكمه (ع) بالبطلان كاف فى حرمه التصرّف و لا حاجه الى بيانها و هذا بخلاف اصل الفعل فانّ حرمته ليست من لوازم البطلان فعدم الرّدع عنه ربما يوجب ظهور الرّوايه فى عدم حرمته

قوله (و ما ورد من قى ء الامام (ع) البيض)

روى عبد الحميد بن سعيد قال بعث ابو الحسن عليه السّلام غلاما يشترى له بيضا فاخذ الغلام بيضه او بيضتين فقامر بها فلمّا اتى به اكله فقال له مولى له انّ فيه من القمار قال فدعا بطشت فتقيّأ فقاءه

قوله (و قد عرفت انّ العوض غير مأخوذ فيه فتأمّل)

يمكن ان يكون إشاره الى تضعيف ما ذكره من أنّ اطلاق آله القمار موقوف على عدم دخول الآله فى مفهوم القمار بانّ المأخوذ فى مفهومه هو الآلات الخاصّه و ما يضاف إليه فى اطلاقهم آله القمار يراد به المفهوم على وجه كلّى فهو من اضافه الجنس الى ما هو مقيّد بنوع منه هذا مضافا الى شيوع اضافه الجزء الى ما هو المركّب منه و من غيره و يمكن ان يكون إشاره الى تضعيف ما ذكره من انّ العوض غير مأخوذ فى القمار فانّ جمعا من اللغويّين صرّحوا بانّه الرّهن على اللّعب بشى ء من الآلات و استعماله احيانا فى مطلق المغالبه مجاز بالقرينه

[فى القيافه]

قوله (حائل اللّون)

اى متغيّر اللّون و اسوده يقال حال لونه اذا تغيّر و اسودّ

قوله (فقال (ع) ابعثوا انتم إليهم و امّا انا فلا)

هذا هو محلّ الاستشهاد للانكار على انّ رسول اللّه (ص) قضى بالقافه و انت ترى انّ هذه الرّوايه تدلّ على الجواز بوجهين الاوّل انّهم لمّا دعوا الامام (ع) الى حكم القيافه اجابهم الى ذلك و لو كان حراما لمنعهم و لم يجبهم الثّانى انّ ظاهر الرّوايه انّهم لمّا قالوا انّ رسول اللّه (ص) قضى بالقافه قرّرهم على ذلك و لم يكذّبهم و الظّاهر انّ قوله (ع) ابعثوا انتم إليهم و امّا انا فلا لم يكن من حيث انّه حرام و لم يرض (ع) بان يكون الدّاعى لهم لحرمته بل انّما كان قوله (ع) ذلك لدفع التّهمه عنه لانّ اعلامه بذلك

ربمـا يكون قرينه على الحـاق ابى جعفر الجواد (ع) به و هـذا بخلاف ما لو انفردوا بالبعث إليهم و احضارهم فعـدم بعثه (ع) ابلغ فى تمـام الحجّه عليهم و على ایّ حـال فـالرّوايه لاـ دلاـله فيهـا على جواز ترتيب الآثـار على قول القافه خصوصا مع كون الرّاوى مجهولا و لا على انكار الامام (ع) و الاقوى ما

تقدّم فی المتن من تقیید الدّروس و غیره حرمتها بما اذا ترتّب علیها محرّم فانّ الحاق شخص بآخر و ترتیب آثار علیه کحلّ النّظر و المیراث و حرمه النّکاح و غیرها من دون دلیل شرعیّ حرام

[فی اللهو]

قوله (لا خلاف ظاهرا فی عدم حرمته علی الاطلاق)

فانّ الاخبار المتقدّمه الظّاهره فی حرمته منصرفه الی الملاهی المعتاده کالعود و الطّنبور و نحوهما لا مطلقا امّا ما تقدّم فی روایه تحف العقول من قوله (ع) و ما یکون منه و فیه الفساد محضا الخ فظهوره فیما یکون معدّه للهو لا سبیل الی انکاره و امّا روایه الاعمش فکذلک فانّ الملاهی المذکوره فیها و ان لم یؤخذ من الملهاه الآله و هی لفظ عامّ و المثال لا یکون مخصّصا الّا انّ الرّوایه ظاهره فی التّعمیم لما هو من قبیل المثال من الغناء و ضرب الاوتار لا مطلق اللّعب و امّا ما دلّ علی انّ اللّهو من الباطل فالظّاهر انّه لم یرد منه اللّهو بمعنی مطلق اللّعب مضافا الی انّ حرمه الباطل علی اطلاقه ممنوعه و امّا روایه علیّ بن جعفر (ع) فهی محموله علی ما یؤخذ فی القمار بقرینه السّؤال و الاستثناء مضافا الی انّ الرّوایه اجنبیّه عن اثبات الحرمه و امّا روایه سماعه فغایه مدلولها الکراهه و بالجمله ما دلّ علی حرمه اللّهو و اللّعب فهو ظاهر فی اللّعب المعتاد و الملاهی الّتی تکون کذلک دون ما سواه کالملاعبات بالابدان و اللّهو و الآله انّما ینصرفان الی ما شاع منهما و لا اشکال فی انصراف المطلق الی الفرد الشائع فلا عموم و لا اطلاق یصلح للحکم بالحرمه هذا کلّه مضافا الی روایات دالّه علی جواز اللّعب منها ما عن علاء بن سیابه عن ابی عبد اللّه (ع) قال سمعته یقول لا بأس بشهاده الّذی یلعب بالحمام و فی الوسائل باب فی قبول شهاده اللّاعب بالحمام و منها ما ورد فی لعب الحسنین علیهما السّلام مع النّبی (ص) بحمله (ص) لهما و الحرکه العنیفه و فی ذلک اخبار کثیره و منها ما ورد فی مغالبه الحسنین علیهما السّلام بمحضر من النّبی (ص) و منها لعب الامیر علیه السّلام مع الاطفال الایتام و الفعل و التّرخیص نصّ فی الجواز فیحمل الظاهر فی الحرمه لو سلّم علی الکراهه

[فی النجش]

قوله (الثّالثه و العشرون النّجش الخ)

و هنا مسائل الاولی حرمه النّجش بالتّفسیر الاوّل هل یتوقّف علی شراء الغیر بالزّائد او انّه حرام مطلقا فان کانت الحرمه من اجل قوله (ع) لا تناجشوا فهو حرام من غیر فرق بین ان یشتری به الغیر بالزیاده أم لا و امّا النبوّی المشتمل علی لعن النّاجش فلا یصحّ الاستناد إلیه لانّه غیر مذکور فی کتب الحدیث و الاجماع لا یکون جابرا لضعفه فانّ المجمعین علی حکم الحرمه لم یعلم استنادهم إلیه و کذا ان کانت لاجل کونه کذبا فهو حرام مطلقا بل و کذا لو کانت من اجل کونه اغراء و غشّا و تدلیسا فانّ الظّاهر انّ هذه صفات قائمه بفعل الغارّ و الغاشّ و المدلّس و لو لم یحصل بها اثر فی الغیر و ان کانت من اجل کونه اضرارا کانت متوقّفه علی حصول الضّرر و هو شراء الغیر بازید من القیمه الثّانیه الظّاهر صحّه البیع بلا خلاف فانّ النّهی متعلّق بامر خارج و لعن الفاعل أیضا لا یدلّ علی الفساد نعم اذا حصل بسبب الغشّ و الغرر و التّدلیس ضرر علی المشتری کان ذلک

سببا لرفع اللّزوم لا للبطلان لانّ الضّرر ناش عن اللّزوم الثّالثه اذا كان البيع صحيحا فهل يثبت الخيار للمشترى مط او لا مط او يفصّل بين صوره الضّرر و الغبن و غيرها او بين صوره المواطاه و عدمها اقوال و الاقوى التّفصيل بالغبن و عدمه فيتخيّر فى الاوّل لدليله من غير فرق بين ان يكون السّبب فى غبنه هو البائع أم لا و ينفى فى الثّانى لانّ مقتضى العمومات و الاطلاقات هو اللّزوم و لعلّ من قال بالعدم مط كما عن المبسوط و غيره اراد بالإطلاق فى مقابل من قال بالثّبوت مع المواطاه لا فى قبال الغبن الرّابعه هل يعتبر فى مفهوم النّجش ان يزيد الرّجل زياده على قيمتها اللّائقه بها أم هو الزّياده فى السّلعه ممّن لا يريد شرائها و لو بادون من ثمن تسوى بها ظاهر بعض اللغويين كالمصباح الاوّل حيث قال نجش الرّجل نجشا من باب قتل اذا زاد فى سلعه اكثر من ثمنها و ليس قصده ان يشتريها بل ليغرّ غيره فيوقعه فيه ه و يستفاد هذا أيضا من كلام بعض الفقهاء كما عن ط و ظاهر جماعه كالمصنّف فى المتن الثّانى الخامسه الظّاهر عدم الفرق فى حرمه النجش بين ان يكون ذلك فى بيع من هو فى مقام الشّراء او يكون فى غيره بان يساوم النّاجش البائع فى السّلعه بازيد من قيمتها بمرئى من الطّالب لها ليغرّه فيوقعه فى شرائها السّادسه هل يلحق بالنّجش ترك الزّياده فى السّلعه ليشتريها بالثّمن القليل أم لا قولان الاقوى الثّانى السّابعه الظّاهر جريان النّجش فى ساير المعاوضات تنقيحا للمناط

قوله (بشرط المواطاه مع البائع او لا بشرطها)

و ربما يستند الى النبوّى المشتمل على لعن النّاجش و المنجوش على اشتراطها و فيه انّ اللّعن على المنجوش لا يتحقّق الّا فى صوره المواطاه و هذا لا يدلّ على انّ لعن النّاجش أيضا موقوف عليها مضافا الى ما مرّ من عدم صحّه الاستناد إليه

[فى الولايه من قبل الجائر]

قوله (قبل الاجماع انّ الولايه ان كانت محرّمه لذاتها)

لقد احسن فيما افاد قدّس سرّه من انّ الولايه من قبل الجائر ان كانت محرّمه لاستلزامها الظّلم على الغير و فرض عدم تحقّقه فلا اشكال فى الوجوب اذا كان فيها مصلحه ملزمه من الامر بالمعروف و القيام بمصالح العباد و ان كانت محرّمه من حيث انّها لا تنفكّ عن المعصيه كما يشير الى ذلك صحيحه داود بن زربى المتقدّمه قال اخبرنى مولى لعلىّ بن الحسين (ع) الخ او كانت محرّمه لذاتها كما هو ظاهر روايه التّحف و كان هناك مصلحه ملزمه فى الدّخول فيها فان لم يكن من قبل تلك المصلحه او دفع المفسده وجوب فعلىّ كما اذا لم يكن هناك معروف متروك يجب فعلا الامر به او منكر مفعول يجب النّهى عنه كذلك بل يعلم بتحقّق موردهما بعد ذلك فلا اشكال فى عدم الوجوب بل الظّاهر حرمه الولايه و عدم وجوب تحصيل مقدّمه الامر بالمعروف و النّهى عن المنكر قبل تحقّق موردهما و ما يذكره المصنّف من الاستحباب فيما اذا لم يكن هناك معروف متروك يجب فعلا الامر به انّما هو توجيه لكلام القائلين باستحباب الولايه و ان كان من

قبلها وجوب فعلىّ كانت المسأله من باب تزاحم الحقّين و لا بدّ من ملاحظه جهه المصلحه المزاحمه مع مفسده الولايه او مفسده ما لا ينفكّ عنها و تقديم الاهمّ منهما

قوله (سبعين خريفا)

الخريف الزّمان المعروف من فصول السّنه و قيل المراد سبعين خريفا سبعون سنه لانّ الخريف لا يكون فى السنه الّا مرّه واحده فاذا انقضى سبعون خريفا فقد مضت سبعون سنه و فى المجمع فى معانى الاخبار الخريف سبعون سنه و فى مواضع من كتب الحديث الخريف الف عام و العام الف سنه و قال بعض شرّاح الحديث العرب كانوا يؤرّخون اعوامهم بالخريف لانّه كان اوان جذاذهم و قطافهم و ادراك غلّاتهم و كان الامر على ذلك حتّى ارّخ عمر بن الخطّاب سنه الهجره

قوله (محمّد بن اسماعيل بن بزيع عن ابى الحسن (ع)

هو علىّ بن موسى الرّضا (ع) فعن الشّيخ الطّوسى ره انّ محمّد بن اسماعيل بن بزيع ثقه صحيح مولى المنصور قال الكشّى كان محمّد بن اسماعيل من رجال ابى الحسن موسى (ع) و ادرك أبا جعفر الثّانى (ع) قال حمدويه عن اشياخه انّه و احمد بن حمزه كانا فى عداد الوزراء و كان علىّ بن نعمان وصّى بكتبه لمحمّد بن اسماعيل بن بزيع قال له الرّضا (ع) انّ للّه تبارک و تعالى بابواب الظّالمين من نوّر اللّه به البرهان الى اخر الرّوايه انتهى

قوله (و امّا الاستحباب فيستفاد من خبر محمّد بن اسماعيل)

لا يخفى انّ خبر محمّد بن اسماعيل اشتمل على الامر بالدّخول فى ابواب الظّلمه لادخال السّرور على الشّيعه و دلّ على الحثّ على الدّخول لاصلاح امور المسلمين و المدلول اعمّ من الاستحباب فلا يفيده بالخصوص و أصل عباره الجواهر هكذا و امّا الاستحباب فيستفاد ح من ظهور التّرغيب فيه فى خبر محمّد بن اسماعيل و غيره

قوله (فلا ينظر بعد ذلک فى ادلّه التّحريم بل لا بدّ الخ)

فى المقام ربما يتوهّم ورود اشكال على المصنّف و بيانه موقوف على ذكر مقدّمه و هى انّه اذا كانت النّسبه بين المتعارضات مختلفه كما اذا ورد عامّان من وجه و خاصّ مط بالنّسبه الى احدهما لا اشكال فى تقديم ما حقّه التّقديم فالخاصّ مط يقدّم على ما هو اخصّ منه قبل ملاحظه النّسبه بين العامّين من وجه ثمّ انّه قد تنقلب النّسبه بين ذينک العامّين و قد لا تنقلب فاذا انقلبت فهل يلاحظ النّسبه بين العامّ المخصّص و العامّ الأخر بالنّسبه الحاصله للاوّل بعد التّخصيص أم بالنّسبه الّتى كانت قبله صرّح المصنّف فى الأصول بالاوّل و لنا فيه بحث لا يناسبه المقام و اذا لم تنقلب فلا بدّ من الرّجوع الى القواعد المقرّره لتعارض العامّين من وجه و جعل العامّين متعارضين لا جعل المتعارضين هو الخاصّ مط و العامّ من وجه اذا تمهّدت هذه فيقال ما الوجه فى عدم النّظر الى عموم ادلّه التّحريم بعد تخصيصها باستحباب الولايه لادخال السّرور على الشّيعه المستفاد من خبر محمّد بن اسماعيل مع انّ مقتضى المخصّص هو اخراج نوع من حكم عموم الحرمه

و اثبات الاستحباب فى ذلك النّوع و يبقى للعام نوع اخر و هو ما لا يكون متضمّنا لمفاد المخصّص و النّوعان صالحان للوقوع مقدّمه للامر بالمعروف الواجب و النّسبه بين كلّ من العامّ المراد به ما بقى بعد التّخصيص و المخصّص و ادلّه الامر بالمعروف هى العموم من وجه و ما السّبب فى قوله فلا ينظر بعد ذلك فى ادلّه التّحريم بل لا بدّ بعد ذلك من ملاحظه النّسبه بينه و بين ادلّه وجوب الأمر بالمعروف و يدفع بانّ مقصوده ره من عدم النّظر بعد التّخصيص فى ادلّه التّحريم انّما هو عدم النّظر إليها فى خصوص هذا الخاصّ اى النّوع الّذى حكم باستحبابه لا عدم النّظر إليها مطلقا و ما ذكره متين جدّا اذ ليس غرضه قبول وقوع التّعارض بين الادلّه حتّى يرد عليه الاشكال لما سبق من انّ التّنافى فى المقام انّما هو من باب التّزاحم و انّما الغرض هو توجّه الاشكال على توجيه القول بالاستحباب بانّ بعد القول به لدليل التّخصيص و هو خبر محمّد بن اسماعيل لا وجه لجعل المعارضه بين ادلّه الحرمه و ادلّه الامر بالمعروف و الجمع بينهما بقول مطلق بل لا بدّ بعد التّخصيص من عدم النّظر الى ادلّه التّحريم فى خصوص ما حكم باستحبابه و خرج عن حكم العامّ و ملاحظه النّسبه بينه و بين ادلّه وجوب الامر بالمعروف و من المعلوم المقرّر انّ دليل استحباب الشّى ء لا تعارض ادلّه الوجوب من باب المقدّميه للواجب لانّ دليل الاستحباب مسوق لبيان حكم الشّى ء فى نفسه مع قطع النّظر عن الملزومات العرضيّه كصيرورته مقدّمه للواجب هذا مضافا الى توجّه اشكال آخر على الموجّه للاستحباب بعد فرض التّعارض و هو انّ دليل الاستحباب لا يفيده مطلقا بل هو مخصوص بمورد خاصّ و الحاصل انّ رفع اليد عن دليل الوجوب فى جميع موارد دليل الحرمه بدليل الاستحباب لا وجه له لما ذكرنا من انّ دليل الاستحباب لا يعمّ جميع موارد دليل الحرمه و لما ذكره المصنّف ره من انّ بعد تخصيص عموم الحرمه بالاستحباب فى مورد لا يلاحظ دليل الحرمه فى ذلك المورد بل لا بدّ من ملاحظه دليل الاستحباب و دليل الوجوب و من المعلوم عدم التّنافى بينهما

قوله (الاستحباب العينى الّذى لا ينافى)

لعلّ وجه الاستحباب مع انّه واجب كفائىّ دخوله فى عنوان المسابقه و المسارعه الى الخير

قوله (ع) (فانّك شاحط بدمك)

اى متخبّط فيه و مضطرب و متمرّغ

قوله (الّا لدفع ضرر النّفس)

اى دون المال و العرض و يقابل الوجه ما ستعرفه فى وجه التأمّل و يحتمل ان يريد بقوله فى وجه جواز دفع ضرر النّفس فى خصوص الصّوره الّتى كان الدّفع بغير الضّرر بنفس اخر

قوله (اذ لا يعادل نفس المؤمن شى ء فت)

وجه التأمّل انّ هذا التّعليل يلزمه انّ كلّ ما لا يعادله شى ء اخر يجوز الاضرار لاجله بذلك الشّى ء الاخر و هذا ينافى ما سبق منه من عدم جواز الاضرار بمؤمن

و لو لدفع الضّرر الاعظم من غيره و يحتمل ان يكون الامر بالتأمّل إشاره الى انّ تخصيص كلامهم بإراده الخوف على خصوص نفس بعض المؤمنين خلاف ظاهر اطلاق كلامهم

قوله (و الثّانى ان كان متعلّقا بالنّفس)

اراد بالنّفس ما هو اعمّ من نفس الدّافع و غيره و اراد بكلّ محرّم ما عدا النّفس و لم يصرّح بالتّعميم فى الأوّل و التّخصيص فى الثّانى اتّكالا على ما تقدّم منه

قوله (استقرار الضّمان عليه اذا تحقّق سببه)

و امّا ادلّه نفى الضّرر فلا يدلّ على رفع الضّمان

قوله (و كأنّ منشأ زعم الخلاف ما ذكره فى لك)

لا بدّ فى توضيح ما افاده من بيان امرين الاوّل انّ الشّهيد استظهر من عباره يع انّ عدم القدره على التفصّى بمعنى كونه مضطرّا الى الامتثال و العمل بما يأمره شرط فى جواز الامر الثّانى و هو العمل بما يأمره فخالفه فى ذلک و اختار انّ عدم القدره عليه بالمعنى المذكور ليس شرطا و انّه لو قدر على المخالفه مع خوف الضّرر جاز امتثال ما يأمر به الجائر و قال المصنّف انّ هذا الاستظهار فى غير محلّه و انّ ما اختاره ليس مخالفا لعباره يع فانّه اعتبر عدم القدره على التفصّى شرطا فى العمل بما يأمر به الجائر كما استظهره و لكن ليس المراد من التفصّى فى العباره هى المخالفه مع تحمّل الضّرر بل المراد هو امكان التفصّى اذا لم يكن حرجا و لم يتوقّف على ضرر بتلبيس الامر و المخالفه واقعا و دعوى الامتثال ظاهرا فانّ المراد بالولايه المذكوره فى يع محموله على ما هو الغالب من امر الوالى باعمال محرّمه و امكان مخالفه بعضها فما نفاه الشّهيد هو اشتراط عدم القدره على التفصّى بتحمّل الضّرر و ما اثبته يع غير ذلک الثّانى انّ منشأ زعم الخلاف يمكن ان يكون عباره لک و لا بدّ من نقل جمله منها حتّى يتبيّن ذلک قال بعد هذه العباره المنقوله فى المتن و قد صرّح به الاصحاب فى كتبهم فاشتراط العجز عن التفصّى غير واضح الّا ان يريد به اصل الاكراه ما هذا لفظه فيكون التّعبير بذلک غير حسن فتبيّن انّ كلّ واحد من الشّرطين غير جيّد لمشروط ان جعلنا المشروط متعدّدا و ان جعلناه متّحدا مركّبا من الامرين بمعنى جواز الولايه و العمل بما يامر به مع الاكراه و عدم القدره على التفصّى حسن قيد الاكراه و غاير ما سبق لكن يبقى الكلام فى الشّرط الثّانى فانّ الاكراه مسوغ لامتثال الامر و ان قدر على المخالفه مع خوف الضّرر المتقدّم انتهى ما اردنا نقله و كأنّ زعم الخلاف فى المسأله و استظهار الاقوال الثّلاثه منشأه ما فى لک من كون المشروط فى عباره يع متعدّدا و انّ الاكراه شرط لاصل قبول الولايه و الثّانى شرط للعمل بما يأمره و احتماله اخيرا كون المشروط متّحدا مركّبا من الامرين فتخيّل من استظهر الاقوال انّ كلّا من المعنيين قول فى المسأله و انّ ما اختاره لک قول ثالث الاوّل اشتراط العجز عن المخالفه فى اصل الولايه المحرّمه و فى غيرها من المحرّمات الّتى يقع الامر بها من الجائر ضمن الولايه المحرّمه و هذا مأخوذ عن احتمال لک كون المشروط فى العباره مركّبا من الامرين

الثّانی ما اختاره الشّهید فیها من عدمه مط الثّالث التّفصیل بین اصل الولایه و المحرّمات الّتی یأمر بها الجائر فی ضمنها و هذا مأخوذ من استظهار الشّهید أوّلا کون المشروط فی العباره مختلفا و غیر خفیّ انّ الاحتمال الواقع فی تفسیر العباره لا یقتضی وجود القول علی طبقه

قوله (عن الرّوضه و المصابیح و الرّیاض)

و فی الجواهر بعد حکایه الحاق الجرح بالقتل عن الشّیخ ما هذا نصّه الّا انّ لزوم الاقتصار فی الخروج عن العمومات المجوّزه لفعل المحرّمات بالاکراه علی المتیقّن المتبادر من الاطلاق و هو القتل یقتضی المصیر الی جواز الجرح الّذی لم یبلغ حدّه کما هو الاشهر بل لعلّه المشهور بل ینبغی القطع بخلافه اذا کان الخوف بترکه علی النّفس نعم الاحوط اجتنابه حیث لا یعارضه الاحتیاط من جانب آخر ه

قوله (ع) (حاطک اللّه بصنعه و لطف بک بمنّه)

فی المصباح حاط یحوط حوطا رعاه و فیه کلأه اللّه یکلؤه مهموز بفتحتین کلأته بالمدّ و الکسر حفظه

قوله (ع) (و انت تقبل منهم صرفا و لا عدلا)

الصّرف التّوبه و العدل الفدیه و فیه عطف الجمله علی الجمله و التّقدیر و لا اراک اللّه یوما و لیله و انت تقبل منهم عدلا

قوله (ع) (و الاحفاد)

الخدم و الاعوان جمع حافد و الشرط اعوان السّلطان و الولاه و أوّل کتیبه تشهد الحرب و تتهیّأ للموت الواحده شرطه کغرف و غرفه و الخمیس الجیش

قوله (ع) (و من فضل تمرکم و رزقکم و خلقکم و خرقکم)

ای من فضل خلقکم و خرقکم من خلق الثّواب اذا بلی فهو خلق بفتحتین و الخرق بکسر الخاء و فتح الرّاء جمع خرقه

قوله (ع) فشبّهتها ببثینه)

هی بضمّ الباء و فتح الثّاء المثلّثه و الیاء السّاکنه و النّون المفتوحه کجهینه

قوله (ع) عروف من الدّنیا)

غرف من الشّی ء غرفا من باب ضرب و قتل انصرف و الجنادل جمع جندل کجعفر بمعنی الحجار و الطوائل جمع طائل بمعنی النّفع و الفائده فیوم القیمه یطالبون بالفوائد الّتی کانت تحصل من الخزائن کالبدل علی الفقراء و المساکین و غیر ذلک من

الخيرات و الغوائل جمع غائله بمعنى الفساد

قوله (ع) (و حشره على صوره الذّر)

الذّر صغار النّمل و المعنى انّه بجميع اعضائه يحشر على صوره نمله صغيره واحده

قوله و هو القذف على كراهه)

لا يخفى انّ قوله (ع) الكفّ عنهم اجمل يدلّ على انّه اولى و خلاف الاولى قد يكون مباحا و لا ملازمه بينه و بين الكراهه

[النوع الخامس ممّا يحرم التكسّب به ما يجب على الإنسان]

اشاره

قوله (الخامس ممّا يحرم التكسّب به ما يجب على الإنسان)

فى المسأله اقوال احدها انّ اخذ الاجره على الواجب حرام مط سواء كان نفسيّا او غيريّا عينيّا او كفائيّا تعبّديا او توصّليا دون المستحب و هذا يظهر من جماعه منهم المحقّق فى يع حيث قال الخامس ما يجب على الإنسان فعله كتغسيل الموتى ه و العلّامه فى عد حيث قال الخامس ما يجب على الإنسان فعله تحرم الاجره عليه كتغسيل الموتى ه و مثله قال فى يق و قال النّراقى

فی المستند المشهور انّه لا- یجوز اخذ الاجره علی ما یجب فعله عینا او کفایه ه و مثله قال الاردبیلی فی شرح الارشاد ثانیها ما نقل عن فخر المحقّقین من التّفصیل بین التعبّدیات و التوصّلیات عینا او کفایه و یمکن استناد هذا القول الی کلّ من قال بجواز اخذ الاجره علی القضاء مط حتّی لو کان واجبا عینیّا بل الی کلّ من استند انّ اخذ الاجره مناف للاخلاص ثالثها ما نسب الی علم الهدی من الجواز فی الکفائی کتجهیز المیّت و ان کان تعبّدیا و فی النّسبه ما ذکره المصنّف من انّه مخالف فی مسئله اخری و هی انّ التّجهیز لیس واجبا الّا علی الولیّ و مع فقده یجب علی غیره فعلی هذا هو مخالف فی الموضوع لا- فی اصل الحکم رابعها ما حکاه فی المتن بعد ذلک عن فخر المحقّقین من التّفصیل بین الکفائی التوصّلی فیجوز الّا بنصّ الشّارع علی تحریمه کالدّفن و فی غیره فلا یجوز خامسها ما عن الشّیخ جعفر قدّس سرّه فی شرح القواعد من انّه قال ما یجب علی الإنسان فعله وجوبا مطلقا او مشروطا بغیر العوض و قد تحقّق شرطه لتعلّق ملک او حقّ مخلوقیّ او خالقیّ یحرم الاجره علیه و الجعل و سایر الاعواض عینا کصلاه الفریضه و صوم شهر رمضان او کفائیا کتغسیل الموتی و تکفینهم و تحنیطهم و الصّلاه علیهم و حفر قبورهم و دفنهم و حملهم الی محالّها و نحوها من الاعمال اللّازمه الّتی تتعلّق بالمال الاصلیّ کما مرّ او عارضیّ بنذر او عهد او نحوهما و سیجیء حکایه تتمّه کلامه فی المتن سادسها ما عن بعضهم کالرّیاض و مفتاح الکرامه من التّفصیل بین الواجبات العینیّه او الکفائیّه المقصوده لذواتها کاحکام الموتی و تعلیم الفقه و ما یجب لغیره کاکثر الصّناعات الواجبه کفایه توصّلا الی انتظام امر المعاش و المعاد سابعها ما یظهر من المصنّف من التّفصیل بین العینی التّعیینیّ و الکفائی التعبّدی فلا یجوز و الکفائی التوصّلی و التخییری التوصّلی فیجوز و التردّد فی التخییری التعبّدی ثامنها ما اختاره صاحب العروه فی الحاشیه من جواز اخذ الاجره و ان کان تعبّدیا عینیّا نعم لو فرض استفاده المجانیّه من دلیله لا یجوز اخذ الاجره علیه و لا یخفی عدم اختصاص النّزاع بعقد الاجاره کما یتوهّم من اخذهم الاجره فی عنوان المسأله بل یعمّ سائر عقود المعاوضات ممّا وقع بذل المال فیه بدلا و عوضا عن الواجب بعنوان المعاوضه و المعامله علیه نعم لا یشمل ما لو کان البذل لاجله بنحو العطیّه و شبهها و ان وجب البذل بسبب کما لو نذر ان یعطی درهما لمن صلّی الفریضه فانّه یجوز اخذ المنذور ح بلا اشکال

و الاقوی ما هو المشهور من عدم جواز الاجاره فی الواجبات مط و جوازها فی الصّناعات الّتی تتوقّف النّظام علیها و یجب کفایه لوجوب اقامه النّظام و ان تعیّن بعضها علی بعض عند انحصار القادر فیه و بیان ذلک فی طیّ امرین الاوّل لا اشکال فی انّه لا یعتبر فی متعلّق الاجاره ان یکون العمل الّذی یأخذ الاجیر او العامل بإزائه الاجره او الجعل مملوکا له و لکن من الواضح انّه لا بدّ ان یکون ممّا یمکنه تملیکه و یکون له السّلطنه علی

تمليك العمل للغير و ان لم يكن مملوكا له فعلا فعمل الحرّ ليس مملوكا لنفسه و يجوز ان يكون اجيرا للغير و يكون العمل ملكا للمستأجر و هذا كما فى بيع الكلّى فانّ البائع لا يملك شيئا بالفعل و يملّك الغير بما فى ذمّته و لا اشكال أيضا فى انّه يكفى فى صحّه الاجاره حصول غرض عقلائىّ للمستأجر و لو كان النّفع عائدا الى الغير و لا يعتبر انتفاع شخص المستاجر بذلك العمل و لكن قيد الانتفاع جار فى كلّ معامله و لا اختصاص له بالاجاره و حاصله ان لا تكون المعامله سفهيّه و لكن مجرّد هذا القيد لا يكفى و لا بدّ ان يعلم انّ المستاجر لا بدّ و ان يمكنه مالكيه العمل الّذى يبذل بإزائه العوض بمعنى ان يكون العمل ممكن الحصول له و يكون له السّلطنه عليه بحيث يكون له اجبار الاجير عليه و ابرائه اذا علمت هذا فقد ينتفى كلا الشّرطين كاستيجار من يجب عليه صوم شهر رمضان او الحجّ فى سنه الاستطاعه فانّ الاجير ليس مالكا لعمله و لقد احسن من قال انّ التّنافى بين صفه الوجوب و التملّك ذاتىّ و اذا كان العمل واجبا للّه تعالى فليس للمكلّف تركه او نقله الى غيره و المستأجر أيضا لا يمكنه التملّك لانّ المفروض كون العمل واجبا عليه أيضا بالمباشره و قد ينتفى الشّرط الاوّل كون الاجير من يجب عليه العمل بالمباشره و المستاجر من يجب عليه ايجاد العمل و لو بالاستنابه و قد ينتفى الشّرط الثّانى ككون المستاجر من يجب عليه العمل بالمباشره من دون ان يكون واجبا على الاجير و ما ذكرنا من المنافات بين وجوب العمل و جعله متعلّقا للاجاره و انّ الوجوب يقتضى خروج العمل عن كونه مملوكا للعبد بحيث يتصرّف فيه ما شاء فى الواجبات العينيّه فى غايه الظّهور و كذا الكفائيّه فانّ مناط المنع و هو التّنافى جار فيها فانّ فيها يتعيّن العمل لما يجب على الاجير فلا يمكن ان يدخل فى ملك الغير ثمّ انّه لا اشكال فى كون التّسليم و القدره عليه شرطا فى الاجاره و ان كان تسليم كلّ شى ء بحسبه كما فصّل فى مقامه و العمل الواجب على العبد الواقع له كيف يمكنه التّسليم الى غيره هذا كلّه مضافا الى الاجماعات المنقوله على النّحو الكلّى فعن مجمع البرهان بعد قول المصنّف الخامس الخ الظّاهر انّه لا خلاف فى عدم جواز اخذ الاجره على فعل واجب على الاجير سواء كان عينيّا او كفائيّا فكان الاجماع دليله ه و عن الرياض بعد قول المصنّف السّادس اخذ الاجره على قدر الواجب من تغسيل الاموات الخ و نحوها الواجبات الاخر الّتى تجب على الاجير عينا او كفائيّا وجوبا ذاتيّا بلا خلاف بل عليه الاجماع فى كلام جماعه ه و عن بعض الاساطين فى شرح القواعد و فى الاجماع المنقول عن جماعه على المنع فى خصوص ما ذكر فى المتن كفايه و يفهم العموم من تعليلهم ذلك بالوجوب الكفائى و دعوى المحصّل غير بعيده عند المحصّل ه و الاجماعات المنقوله ظاهرا او صريحا عن بعض منهم ط و الخلاف و التّحرير و جامع المقاصد فى بعض الموارد الجزئيّه كالقضاء و الشّهاده و الاذان و تعليم صيغه النّكاح و القائها على المتعاقدين بل دعوى انصراف الادلّه و عمومات المعاملات عن امثال هذه المعاوضات قريبه جدّا و لا

اقلّ من الشکّ و الاصل فی باب المعاملات هو الفساد الثّانی الوجوب قد یتعلّق بالعمل بالمعنی المصدری و قد یتعلّق به بالمعنی الاسم المصدری و الواجب فیما یتوقّف علیه النّظام کالطّبابه هو الاوّل و هو بذل العمل و لا ینافی ذلک کون العامل و الاجیر مالکا لعمله و السرّ فی عدّ ما یتوقّف علیه النّظام من القسم الاوّل هو انّ وجوب العمل ناش من وجوب حفظ النّظام و من المعلوم انّ ما یتوقّف علیه ذلک هو بذل العمل لا العمل مجّانا بحیث لا یملک العامل نتیجه عمله و ان شئت قلت انّ کلّ واجب استفید من الطّلب المتعلّق به انّ المصلحه الملزمه انّما هی فی الاتیان بالفعل علی وجه الاطلاق من دون ان یکون للمجّانیه و کونه بلا عوض دخل فیها جاز اخذ الاجره علیه فان قلت لا یصحّ التّفکیک بین الفعل بالمعنی المصدری و الاسم المصدری و جعل اثر الفعل متعلّقا للاجاره فانّه لیس فعلا للاجیر یعنی امرا قائما به و انّما هو امر یترتّب علیه قهرا و ما یصحّ ان یبذل الاجره بإزائه انّما هو فعل الاجیر و ما یکون بنفسه عملا له و هو فی ذاته و ان لم یکن له مالیّه لکنّه باعتبار ترتّب الأثر علیه یعدّ مالا قلت لا اشکال فی انّ العمل و أثره لیسا من الافعال التّولیدیّه و الاسباب و المسبّبات الخارجیّه بحیث یکونان متغایرین فی الوجود الخارجی فهما متّحدان خارجا و انّما التّغایر بالاعتبار و هو کاف فی التّفکیک المذکور و انّما یحتاج فهمه و تشخیص مورده الی لطف قریحه و لا ضیر فی تفکیک الشّارع بینهما بوجوب العمل بالمعنی الاوّل و جواز اخذ الاجره بالمعنی الثّانی فانّه امر جائز عقلا و عرفا و لیس التّکلیف المتعلّق بالاعمال الّا کالتّکلیف المتعلّق بالاموال و انت تری انّه قد یتعلّق تکلیف او وضع بتملیک المال کوجوب بیع الطّعام فی المخمصه و قد یتعلّق بنفسه المال کوجوب الزّکاه فلا یجوز اخذ العوض فی مقابله و لعلّ بعض التّفاصیل المتقدّمه راجعه الی ما ذکرنا و کانّهم یخرجون مورد الجواز عن تعلّق الوجوب بالعمل بالاعتبار الثّانی و یمکن ان یقال فی وجه جواز اخذ الاجره علی الواجبات الصّناعیّه انّ وجوبها انّما هو لحفظ النّظام و انّما یستقیم النّظام بالتکسّب بها و اخذ العوض علیها و التبرّع بها یوجب الاخلال به دون حفظه و هذا الکلام جار فی الطّبابه أیضا حتّی فی صوره تعیینها بالانحصار فانّ الانحصار یوجب انقلاب ما وجب کفایه الی الوجوب عینا و الواجب کفایه هو التکسّب بها و للمصنّف ره فی جواز اخذ الاجره علی الطّبابه وجه اخر و هو انّ الجمع بین الطّبیب و المریض واجب کفائیّ بینه و بین اولیاء المریض و یجوز الاستیجار علی الواجب الکفائیّ و سیجی ء هذا فی المتن

[حرمه التکسب بالواجبات]

قوله المخالف فی وجوب تجهیز المیّت)

بل الظّاهر انّ دعوی الشّهره فی لک راجعه الی اصل المسأله لا الی خلاف السیّد فانّ فی لک بعد قول المصنّف الخامس ما یجب علی الإنسان کتغسیل الموتی و تکفینهم الخ قال هذا هو المشهور بین الاصحاب و علیه الفتوی و ذهب المرتضی الی جواز اخذ ذلک لغیر الولیّ بناء علی اختصاص الوجوب به ه و هو کما تری

قوله (و اعلم انّ موضوع المسأله)

الوجه فی تقیید موضوع المسأله بهذا القید مع انّه غیر مذکور فی کلام الاکثر هو انّه اذا کان الواجب ممّا لا ینتفع به المستاجر کان اخذ العوض عنه ممتنعا و کان خارجا عن عنوان المعاوضه لانّه ح کالجمع بین العوض و المعوّض

و فیه أوّلا انّ هذا شرط عقلیّ فی الموضوع لتحقّق المعاوضه و لا فرق فیه بین الواجب و المستحبّ و المکروه و المباح فانّ المستحبّ أیضا اذا کان ممّا لا یرجع نفعه الی الغیر کالوضوء و الغسل المستحبّین اذا لم ینتفع به الغیر لا یصحّ دفع العوض عنه و لا وجه لتخصیص القید بالمقام و ثانیا انّ هذا الشّرط لا یوجب تخصیص عنوان المسأله فانّ ما هو محلّ الکلام هو صحّه الاجاره و عدمها من حیث تعلّق الوجوب و هذا لا ینافی وجود جهه اخری فی بعض الموارد کعدم حصول منفعه للمستأجر مثلا و ثالثا انّ ما هو شرط عقلیّ فی تحقّق موضوع المعاوضه انّما هو ان یکون للعمل نفع عقلائیّ یصحّ بذل المال فی عوضه حتّی لا تکون المعامله سفهیّه و امّا اشتراط کون النّفع عائد الی الباذل فلا وجه له لجواز دفع الشّخص عوضا فی مقابل ما ینتفع به صدیقه کالاستیجار لکنس داره او یکون قصده من دفع العوض عن العباده مجرّد ان یکون اللّه مطاعا و نحو ذلک من الاغراض العقلائیّه و رابعا لو سلّمنا اشتراط کون النّفع عائد إلیه فمن الجائز ان یکون فی فعل الشّخص صلاه الظّهر عن نفسه منفعه یعود الی الغیر کان یکون الرّجل جاهلا بعدد رکعات صلاه الظّهر او افعالها و کیفیّتها فیستاجر غیره لیصلّی صلاه نفسه حتّی یتعلّم منه

قوله (فالاجره فی مقابل النّیابه)

قال صاحب العروه فی حاشیه المکاسب فی المقام ما هذا لفظه فیه أوّلا انّ هذا خلاف الواقع فی الخارج کیف و الّا لزم الاستحقاق للاجره من دون العمل أیضا اذا قصد النیابه و لم یفعل شیئا و ان اراد من ذلک النیابه فی العمل الّتی لا تتحقّق فی الخارج الّا به فرجع الی اخذ الاجره علی العمل اذ لیست النّیابه شیئا و العمل شیئا اخر الخ و ثانیا انّ هذا لا ینفع فی تحقّق الاخلاص المعتبر فی العبادات علی مذهبه فانّه یقول لا بدّ ان یکون الحامل له علی الفعل هو القربه و الاخلاص من غیر مشارکه شی ء و من المعلوم انّ الحامل علی العمل فی المقام انّما هو اخذ الاجره و دعوی انّه بعد تنزیل نفسه منزله المنوب عنه ینوی التقرّب اعنی تقرّب المنوب عنه فهو فی النّیابه غیر قاصد للقربه الّا انّه فی العمل قاصد لها من حیث انّه فی العمل کانّه هو المنوب عنه ففعله من حیث النّیابه فعل له و لا قربه فیه و من حیث الصّلاه فعل للمنوب عنه فینوی قربته مدفوعه بانّ ذلک لا یتصوّر الّا من حیث الاخطار و الّا فالدّاعی علی العمل بالوجدان لیس الّا اخذ الاجره فکما انّ کون فعله فعلا للمنوب عنه تنزیلیّ فکذا نیّته للقربه أیضا صوریّ و لا حقیقه له ه ما اردنا نقله و من احاط بکلام شیخنا قدّس سرّه علم ان لیس الغرض وقوع الاجاره بإزاء قصد النّیابه من دون العمل بل لمّا کان الفعل الخارجیّ الصّادر من النّائب له جهتان جهه النّیابه و الفعل من

هـذه الجهه فعل للنّائب و جهه وقوع العمل عن الغير و الفعل من هـذه الجهه فعل للمنوب عنه بعـد عـدم اعتبار المباشره بالـدّليل المجوّز للنّيابه و تحقّق النيابه عن النّائب اى تنزيل نفسه منزله المنوب عنه فى هذا الفعل كان الاجره بإزاء العمل بالاعتبار الاوّل و التقرّب بالاعتبـار الثّـانى و يكون الحاصـل وقوع الاـجره بـإزاء اتيان العمل بالامر المتوجّه الى المنوب عنه الا عمّر من المباشـره و الاسـتنابه و ثبوت الجهتين فى الفعـل الخـارجى و اجتماع العنوانين فى ذلك المصـداق لا يبتنى على مسئله اجتماع الامر و النّهى حتّى يمنع عن حصولهمـا بنـاء على الامتنـاع لانّ داعى الاجره واقع فى طول داعى القربه و ما ذكره المحشّـى من انّ الحامل على الفعل العبادى لا بـدّ و ان يكون هو القربه و الحامل عليه فى المقام انّما هو اخذ الاجره ففيه انّ الحامل على العمل من جهه النّيابه هو الاـجره و الحامـل عليه من جهه المنوب عنه بعـد حصول النّيـابه هو الاـمر المتوجّه الى المنوب عنه بالاـمر الاعمّ و ما يعتبر فيه الاخلاـص هو الاـمر المتوجّه الى المنوب عنه لاـ الامر الاجارى المتوجّه الى النّائب الّـذى هو توصّـلى و الاجره لا تقع فى سلسـله داعى المنوب عنه و انّمـا هى بـإزاء قصـد النّـائب النّيـابه فى عمله بحيث لو قصـد النّائب اتيان العمل للاجره او قصـد اتيان العمل بـداعى امره سـبحانه بـإزاء الاجره لم يقع للمنوب عنه فكما انّ المتبرّع اذا قصـد الامر المتوجّه الى المتبرّع عنه يقع عنه و الّا فلا و ليس داعيه فى سلسـله داعى المنوب عنه فانّ داعى المتبرّع هو الامر الاستحبابىّ و داعى المتبرّع عنه هو امره الخاصّ المتوجّه الى الفعـل كـذلك الاـجير ليس داعيه فى النّيابه الّا اخـذ الاجره و الاتيان بالفعل القربى للمنوب عنه فالاجره بإزاء ايقاع العمل عنه لا بـإزاء مـا هو منـاط العباده و الحاصل انّ النّيابه فى العمل غير نفس العمل المنوب فيه الّـذى يوجب فراغ ذمّه المنوب عنه و تحقّق الثّانى لا يكون الّا بعد حصول الاوّل و سيجى ء فى توضيح الوجه زياده بيان فى المتن

فان قيل بناء على هذا فلا بدّ من تعدّد الجعل و التّنزيل من النّائب

قيـل اللّـازم انّمـا هو جعـل واحـد و هو تنزيـل نفسه مقام نفس المنوب عنه فى هـذا الفعل و صـيروره الفعل فعلا له من آثار هـذا الجعل و لا يحتاج الى جعل اخر

فـان قيل لو كانت النّيابه عباره عن تنزيل النّائب نفسه منزله المنوب عنه و الاتيان بالعمل متقرّبا بعنوان انّه المنوب عنه لكان اللّازم على الفقهاء ان يتبّهوا على ذلك و من الظّاهر انّ النّائب لا يلتفت غالبا الى التّنزيل المذكور

قيـل انّ لفـظ النّيـابه كـافيه فى افاده ذلك و التّنزيل المـذكور اى قيام الإنسان نفسه مقام غيره فى هـذا الفعل مرتكز فى ذهن كلّ نائب

فـان قيـل لو كـانت النّيـابه عباره عن التّنزيل المـذكور فلا يصـحّ ايقاع الفعل العبادى عن الغير فى زمان حياه المنوب عنه اذا كان مشتغلا بالعباده اذ لا يتصوّر تعلّق امرين الى مكلّف واحد فى زمان واحد مع انّ الاصحاب صرّحوا بجواز اتيان النّائب العبادات

المستحبّه عن المنوب عنه حین اشتغاله بالفعل العبادی

قیل انّ العبادات علی قسمین الاوّل ما لا یصحّ الاتیان به فی زمان واحد الّا واحدا کالصّلوات الیومیّه لما فیها من التّرتیب الموجب لـذلک و الثّانی ما یصحّ الاتیان به فی زمان واحد ازید من واحد کالحجّ و الزّیاره و قراءه القرآن اذ لا مانع من اتیان المنوب عنه فی زمان واحـد ازیـد من واحد الّا عدم تمکّنه علی الاتیان کذلک و الّا فلو فرض تمکّنه علیه لتعلّق الامر بالجمیع فی زمان واحد و حیث انّ فعل النّائب کفعله کان له التمکّن من ذلک

فـان قیـل انّ کون المتقرّب بالفعـل فی الحقیقه هو المنوب عنه مخـالف لظاهر روایه عبـد اللّه بن سـنان عن ابی عبـد اللّه (ع) فی خصوص استیجاره رجلا لیحجّ عن ابنه اسماعیل حیث قال (ع) فی ذیل الرّوایه یا هذا اذا أنت فعلت هذا کان لاسماعیل حجّه بما انفق من مـاله و کـان لـک تسع بمـا اتعبت من بـدنک و مثله قوله (ع) فی روایه اخری و لـک تسع و له واحـده فانّ ظاهرهما انّ العامل هو المتقرّب بالعمل و الّا لم یکن للرّجل تسع من الثّواب

قیـل قـد بیّنّا فی بعض کتبنـا انّ الخبرین ساکتـان عن کیفیّه اتیـان العمل و انّه علی وجه التّنزیل او انّ النّائب یتقرّب بنفسه و یأتی للمنوب عنه و قوله (ع) کـان لـک تسع لا یـدلّ علی انّ العامل هو المتقرّب و لو کان الثّواب دلیلا علی کون المثاب هو المتقرّب فقد اشـتمل الحدیث أیضا علی انّ واحده لابنه فیلزم ان یکون اسماعیل هو المتقرّب مضافا الی ظهور الخبر فی انّ له تسع حجّات لا تسعه اجزاء من حجّه واحده و کون ذلک من باب التفضّل

قوله (حسن فی بعض موارد المسأله و هو الواجب التعبّدی فی الجمله)

لعلّ هذا التّقیید إشاره الی ما سیجی ء فی کلامه من التردّد فی التخییریّ التعبّدی

قوله (لکنّ الانصاف انّ هذا الوجه أیضا لا یخلو عن الخدشه)

قـد عرفت انّ الفعـل اذا کـان مسـتحقّا للّه تعالی و مطلوبا ایجاده منه بطلبه الحتمیّ فلا یمکن ان یتعلّق حقّ بایجاده و هـذا من غیر فرق بین ان یکون ملکیّه المسـتاجر فی طول طلب الشّـارع و اسـتحقاقه بان یسـتأجره للعمل الواجب علیه من اللّه ان یأتی به للّه او یکون فی عرضه بـان یستأجره للعمـل کـذلک ان یـأتی به له لا للّه لانّ مناط المنع المتقـدّم و هو انّ العمل الواجب لکونه واجبا علی الاجیر لا یمکنه تملیک الغیر جار فیهما

قوله (ثمّ انّ هذا الدّلیل باعتراف المستدلّ)

لیس فی کلامه ما یدلّ علی اختصاص الدّلیل بالواجب العینی و المنقول عنه بعد الدّلیل المتقدّم هکذا و هو فی العینی بالاصل او العارض واضـح و امّا الکفائیّ فلانّه بفعله یتعیّن له فلا یـدخل الـخ و انّ الفعل یتعیّن له فلا یدخل فی ملک اخر راجع الی الدّلیل السّابق و هو التّنافی بین الوجوب و التملّک

قوله (و فيه

منع وقوع الفعل له بعد اجاره نفسه)

لم يبيّن ره وجه المنع و ما ذكره من انّ آثار الفعل ح ترجع الى الغير عين الدّعوى و قد اتّفق اصحابنا على انّ الواجب الكفائىّ هو ما يجب على الجميع كالواجب العينى و يشتغل ذمّتهم به و انّه نسخ من الوجوب له تعلّق بكلّ واحد من المكلّفين بحيث لو اخلّ بامتثاله الكلّ عوقبوا على مخالفته جميعا و لو اتى به الجميع دفعه امتثل الكلّ و استحقّوا للمثوبه و ان سقط بفعل البعض لحصول الغرض و على هذا فالعمل يتعيّن لما يجب على الاجير من قبل اللّه تعالى و ليس له تركه او نقله الى غيره و لا يمكن ان يدخل فى ملك الغير نعم نقل عن بعض الشّافعيّه انّ الوجوب فى الكفائى يختصّ بواحد مبهم غير معيّن لكنّه باطل قطعا لانّ الوجوب فيه لو كان كذلك لما استحقّ الجميع العقاب على المخالفه و يستحيل تاثيم احد بترك ما لا يكون واجبا عليه و اتّفقوا أيضا على انّه لو اتى الجميع بالواجب استحقّوا الثّواب

قوله (امّا الحكايه فقد نقل المحقّق و العلّامه ره و غيرهما)

اعلم انّ الظّاهر ثبوت الاتّفاق على حرمه اخذ الاجره على القضاء فعن الخلاف الاجماع عليه و عن المبسوط لا يجوز عندنا بحال و ادّعاه أيضا فى جامع المقاصد و عن الكشف ان تعيّن للقضاء او كان مكتفيا بما له فعلا او قوّه او بما يرزق من بيت المال لم يجز له اخذ الجعل قولا واحدا و عن الكفايه عدم معرفته الخلاف بين الاصحاب مع وجود الكفايه من بيت المال و عن التّحرير دعوى الاجماع على حرمه اخذ الاجره سؤال تعيّن عليه او لم يتعيّن و سواء كان ذا كفايه او لا و يحتمل فى كلام بعض المجوّزين ارادتهم لبعض صور الاحتياج الموجب لسقوط التّكليف بالقضاء الّذى هو المانع عن اخذ الاجره فاذا استوجر له وجب لذلك و عاد الوجوب السّاقط بسبب الضّروره و يحتمل إراده الارتزاق من كلام آخرين و لا اشكال فى انّ الوجوب على القاضى متعلّق بالقضاء بمعنى الاسم المصدرى و هو فصل الخصومه فاخذ الاجره عليه حرام مط بخلاف الوجوب النّاشى من حفظ النّظام فانّ الوجوب هناك متعلّق بالمعنى المصدرى كما مرّ و سيجى ء

قوله (او اسقاطه به او عنده)

قال السيّد صاحب العروه ره فى الحاشيه امّا الامتثال فكما اذا استاجره لدفن الميّت عن نفسه فدفنه كذلك و امّا الاسقاط به اى بالفعل فكما اذا استاجره للدّفن نيابه عنه فانّه لو اتى به عنه يسقط عنه الوجوب بسبب هذا الفعل و امّا السّقوط عنده فلم افهم المراد منه ه و يمكن ان يكون المراد منه مثل ما لو كان الدّفن واجبا على شخص و لو كفائيّا فاستاجره اخر للنّقل الى مشهد مثلا فانّ وجوب الدّفن فعلا يسقط لمصلحه النّقل و كذا لو نذر احد انّه لو لم يقرأ مقدارا من القرآن يوم الخميس صام فى غده فاستاجره شخص لقراءته يوم الخميس فانّ عدم وجوب الصّوم ح من باب سقوط الواجب

بناء على ارجاع الواجب المشروط الى المعلّق كما هو مختاره قدّس سرّه فلا يقال انّ عدم وجوب الصّوم ح من باب عدم حصول شرط الوجوب و يحتمل ان يكون إشاره الى التّرديد فى انّ وجوب الواجب الكفائىّ هل هو بملاك واحد امر بملاكات متعدّده بحسب افراد المكلّفين و على الاوّل يكون اسقاط الايجاب المذكور بذلك الفعل و على الثّانى يكون عنده و يبعّده انّ الظّاهر عدم الاشكال فى انّ الوجوب فيه انّما هو بملاك واحد

قوله (و امّا الواجب التخييرىّ فان كان توصّليا)

التخيير فى الواجب قد يكون عقليّا و قد يكون شرعيّا فان كان عقليّا كالدّفن الّذى مثّل به فى المتن فصريح العباره انّه لا مانع من اخذ العوض على حفر موضع بخصوصه اذا كان فيه مزيّه اذا الواجب مطلق الدّفن لا الفرد الخاصّ نعم اذا تساوت الافراد فى متعلّق اغراض العقلاء كان بذل المال ح بإزاء خصوصيّه الفرد سفها و الصّواب انّ التّخيير العقلى بين افراد الطّبيعه المطلوبه من شخص معيّن لا يوجب خروج الفرد المختار من كونه هو المطلوب منه و المستحقّ عليه سؤال جعل الاجره فى مقابل نفس الفرد او فى مقابل اختياره لانّ تشخّص الطّبيعه السّاريه طور من اطوار وجودها و شأن من شئونها غير مباين لها و لا ممتاز عنها الّا بخصوصيّه التطوّر الغير الموجب لخروجه عن كونه هو المستحقّ عليه و لذا كان الموجد له ممتثلا لما امر به وفى الدّين الكلّى الثّابت فى الذمّه وفاء له و ليس الّا لكونه عين المطلوب منه و المشغوله به ذمّته نعم لو كان للخصوصيّه عنوان مستقلّ يتّحد مع الطّبيعه فى الوجود مرّه و يفترق عنها اخرى كالكون فى المسجد من حيث هو كون فيه جاز بذل العوض بإزاء ذلك العنوان بخصوصه و ان اتّحد مع الطّبيعه المطلوبه فى الوجود و لكنّ المعوّض عنه فيما نحن فيه هو من قبيل الصّلاه فى المسجد لا نفس الكون فيه المتّحد معها فى الوجود فلا فرق فى عدم جواز اخذ الاجره بين ما اشتمل على مزيّه زائده و غيره

هذا مضافا الى انّه لو جاز البذل على الخصوصيّه فى التّخيير العقلى لم يشذّ واجب تعيينىّ عن جواز المعاوضه عليه و لو باعتبار خصوصيّه من خصوصيّات التشخّص و كان اللّازم عليه ره قصر المنع على الواجب التعبّدى و ان كان التخيير شرعيّا فالامر اوضح لما تقرّر فى محلّه من عدم تعلّق الامر فيه بالقدر المشترك و تعلّقه بكلّ واحد من افراد التّخيير و ان اختلفوا فى كيفيّته و انّ الواجب هل هو كلّ واحد من الامرين بنحو من الوجوب و هو انّه واجب جاز تركه الى بدله أم هو كلّ واحد منهما مشروطا بعدم الاخر أم هو كلّ واحد منهما على وجه البدليّه ثمّ انّ الواجب التّخييرى اذا كان تعبديّا فمضافا الى المنع من جهه التّنافى بين كون العمل مستحقّا للّه تعالى و اخذ العوض كما بنينا عليه يجرى المنع من حيث قصد الاخلاص لما عرفت من عدم تعلّق الامر بالقدر المشترك و لو سلّم فاتّحاده مع الخصوصيّه مانع عن التّفكيك بينهما فى القصد و كفايه الاخلاص بالقدر المشترك فيما كان ايجاد خصوص بعض الافراد لداع غيره لا وجه

لها

قوله (لا على النّيابه فيما هو واجب على المستاجر فافهم)

لعلّه إشاره الى انّ ما سبق من بعض امثله النّيابه فى ذيل قوله و الّذى ينساق إليه النّظر و كذا قبله فى ردّ كلام بعض الاساطين فى الواجب الكفائى لم يكن ذكره مقصودا بالاصاله من محلّ الكلام

قوله (ثمّ انّه قد يفهم من ادلّه وجوب الشّى ء)

لمّا ذكر انّ الواجب الكفائى ان كان توصّليا امكن اخذ الاجره عليه استدركه بهذا الكلام و الانصاف انّ الفرق بين كون العمل متعلّقا لحكم من اللّه تعالى او كونه حقّا لمخلوق تحكّم لا دليل عليه و قد عرفت فيما سبق انّ الوجوب من قبله تعالى مانع عن جواز اخذ الاجره

قوله (لتأخّر الوجوب عنها و عدمه قبلها)

اى لتأخّر الوجوب عن الاجاره او الجعاله ضروره تقدّم الشّرط على المشروط و هذا واضح

قوله (لانّه لاقامه النّظام من الواجبات المطلقه

و اقامه النّظام من الواجب المطلق دون المشروط و ما يجب مقدّمه لها يتبع وجوبها فى الاطلاق و التّقييد و يمكن ان يقرّر الوجه السّادس على نحو لا يرجع الى الواجب المشروط و يتمّ حتّى على تقدير كون اقامه النّظام من الواجبات المطلقه و هو انّ ما يجب لاقامه النّظام هو خصوص العمل بالاجره لا العمل مط فيجاب ح بانّ بعض الصّنائع ممّا يتوقّف عليه بقاء الحياه واجبه بالضّروره بذل له العوض أم لا

قوله (السّابع انّ وجوب الصّناعات المذكوره)

الظّاهر انّ هذا الجواب هو ما ذكرناه سابقا من انّ الواجب هو بذل العمل و ذلک لا ينافى مالكيه العامل لعمله و الاجره تقع بإزاء نفس العمل الّذى هو مناط ماليّه المال و ما اورده المصنّف على هذا الوجه من انّه اذا فرض وجوب احياء النّفس و وجوب العلاج كونه مقدّمه له فاخذ الاجره عليه غير جائز ه ممنوع اذ لا يثبت ذلک وجوب العلاج و العمل مجّانا

قوله (و انّما وقع الخلاف فى تعيينه)

و ذهب بعض الى انّه مقدار الكفايه و بعض اخر الى انّه اقلّ الامرين من اجره المثل و من مقدار الكفايه

قوله (و امّا باذل المال للمضطرّ فهو انّما يرجع)

هذا هو الوجه الّذى تمسّكنا به فى جميع الواجبات الّتى يتوقّف عليها النّظام على انّ البذل للمضطرّ انّما يجب لدفع الضّرر عنه و البذل مجّانا ضرر على الباذل و لا يدفع الضّرر بالضّرر و الجمع بين احترام المال و دفع الضّرر عنه هو البذل بالعوض لا مجّانا

قوله (و من هذا الباب اخذ الطّبيب الاجره على حضوره)

فيه انّ مقتضى ذلك عدم جواز اخذ الاجره اذا لا يمكن نقل المريض إليه و تعيّن الجمع أيضا بحضوره و هو خلاف اطلاق كلماتهم فى الجواز و ان تعيّن عليه

قوله (هذا تمام الكلام فى اخذ الاجره على الواجب)

و قد علم انّه قد يتوهّم النّقض فى المسأله بموارد بعضها على القول بمنافاه اعتبار الاخلاص لاخذ الاجره عليه ذاتا و بعضها على القول بمنع الاجره على

الواجبات مط بل و على القول بقصر المنع على العينىّ منها فمن القسم الاوّل العبادات المأتىّ بها لحصول المطالب الدنيويّه كاداء الدّين وسعه الرّزق و غيرهما من الحاجات الدنيويّه و منه العبادات المستاجره للقضاء عن الميّت و من القسم الثّانى الصّناعات الّتى تتوقّف النّظام عليها و منه الاجره على الطّبابه الّتى هى أيضا من الواجبات الكفائيّه و منه وجوب بذل الطّعام للمضطرّ مع جواز اخذ العوض و منه اخذ الامّ المرضعه بعوض ارضاع اللبأ مع وجوبه عليها و منه جواز اخذ الوصىّ الاجر على عمل الوصايه مع وجوبه عليه عينا و تبيّن فى خلال البحث الجواب عن ذلك كلّه و اورد بعضهم على المشهور النّقض بالجهاد الواجب كفايه مع جواز النّيابه فيه و اخذ الاجره عليه حتّى انّ فى محكّى الجواهر نسبه الى ظاهر الفتاوى حيث قال بل ظاهر الفتاوى عدم الفرق فى النّائب بين كونه قادرا بنفسه على الغزو من دون حاجه الى الجعل و غيره ممّن لم يكن قادرا و لا ينافى ذلك كونه واجبا على الاوّل بعد ان كان مخيّرا بين فعله لنفسه و بين فعله عن غيره كما انّ الجاعل مخيّر بين فعله بنفسه و بين النّائب عنه و من ذلك يعلم ما فى تقييد بعضهم النّائب فى المسأله السّابقه بكونه غير واجب الجهاد لفقره ه و الجواب انّ ما هو المسلّم عندهم بل ادّعى عليه الاجماع كما فى المنتهى و غيره تخيير من وجب عليه الجهاد بين ان يجاهد بنفسه او يستنيب غيره عنه و ذلك لعدم وجوب المباشره و امّا تخيير من وجب عليه بين ان يجاهد لنفسه او يصير نائبا عن غيره فممنوع و صرّح بذلك فى ير و هى ففى الاوّل و لا يجوز لمن وجب عليه الجهاد ان يجاهد عن غيره بجعل فان فعل وقع عنه و وجب ردّ الجعل الى صاحبه و فى الثّانى لا يجوز لمن وجب عليه الجهاد ان يجاهد عن غيره فان فعل وقع عنه و وجب ردّ الجعل الى صاحبه لانّه قد تعيّن عليه فلا يجوز ان ينوب عن غيره فيه كالحجّ ه

قوله (و امّا الحرام فقد عرفت عدم جواز اخذ الاجره عليه)

و السرّ فيه انّ الأجير لا يملك عمله و لا يمكنه تمليكه بحكم الشّرع و هو مسلوب الاختيار بالتّحريم الشّرعى و غير قادر على فعله

[امّا المكروه و المباح و المستحب]

قوله (و امّا المكروه و المباح)

اذا كان فى الفعل منفعه تعود الى المستاجر و لو بنوع من الملاحظه بحيث تكون ممّا يتعلّق به غرض عقلائىّ

قوله (مع انّ ظاهر ما ورد فى استيجار مولانا)

فى الوسائل مسندا عن عبد اللّه بن سنان قال كنت عند ابى عبد اللّه (ع) اذ دخل عليه رجل فاعطاه ثلثين دينارا يحجّ بها عن اسماعيل و لم يترك شيئا من العمره الى الحجّ الّا اشترط عليه حتى اشترط عليه ان يسعى فى وادى محسّر ثمّ قال يا هذا اذا انت فعلت هذا كان لاسماعيل حجّه بما انفق من ماله و كان لك تسع بما اتعبت من بدنك و ظهور الرّوايه فى اشتراط الافعال ابيه عن وقوع الاجاره على المقدّمات

[عدم جواز إتيان ما وجب بالإجاره عن نفسه]

قوله (و قال فی لک هذا

اذا كان الحامل متبرّعا الخ)

و هـذا هو الاـقوى و حاصـله الفرق بين مـا لو اسـتاجره ليحمله حين طوافه لنفسه و ما لو اسـتاجره للحمل مط ففى الصّوره الاولى يصحّ الاحتساب لانّ ذمّه الموجر لم تكن مشغوله بشـى ء غير طواف نفسه و ما استوجر له لا ينافى طوافه بخلاف الثّانيه فانّ ذمّته مشغوله بالاجاره للغير و لا يمكنه قصد الطّواف لنفسه

لا يقال انّ ما اشـتغلت به الـذمّه فى الصّوره الثّانيه شـى ء غير الطّواف و قصده للطّواف لا يكون منافيا لما اسـتوجر له و هل هو الّا مثـل من كـان اجيرا لمحـافظه بيت فاشـتغل فى اثنـاء مـدّه الاجـاره بالصّـلاه الغير المنافيه لها و بعباره اخرى الحركه المخصوصـه للحامل ليس نفس ما اسـتوجر له اى الحمل كما انّ تلك الحركه ليست نفس الطّواف بل الحركه مقدّمه و محصّـله لهما و لاجل هـذا فلو حمله فى طوافه من غير اجـاره او صـار اجيرا لحمله فى طوافه لم يكن الحركه المخصوصه طوافـا لخصوص من حمله او صار اجيرا لحمله و يجوز أيضا عندهم حمل شخص شخصين للطّواف و كذا ركوبهما حين الطّواف على دابّه واحده

فانّه يقال لا اشـكال فى انّ الحركه المخصوصه ليست نفس الحمل و لا الطّواف و فى انّها سـبب لحصولهما و فى صـحّه اشتراك حصول طوافين او ازيد بمقدّمه واحده و حركه خاصّه و انّما الكلام فى انّه لو كان اجيرا للحمل استحقّ المستاجر الحركه الخاصّه فلاـ يجوز صـرفها الى نفسه بجعلهـا وسـيله الى طواف نفسه و كون الطّواف غير الحركه انّما هو بالاعتبار و الّا فليس الطّواف امرا خارجيّا يمتاز عن تلك الحركه فتّ جيّدا فانّه دقيق

[أخذ الأجره على الأذان]

قوله (و فى روايه زيد بن علىّ عن ابيه)

لاـ يخفى عـدم ظهور الرّوايتين فى الحرمه و انّ مفادهمـا اعمّ منهـا و من شـدّه الكراهه مضافا الى انّ اقتران الاجر فى الاذان باخذ الاجر على تعليم القرآن فى روايه زيد أماره على الكراهه لعدم حرمه الثّانى و اسـتدلّ المشـهور أيضا بصحيحه محمّد المرويّه فى كتـاب الشّـهادات من الفقيه لاـ تصلّ خلف من يبغى على الاذان و الصّـلاه بين النّاس اجرا و لا تقبل شـهادته و بما روى عن امير المؤمنين (ع) انّه قال اخر ما فارقت عليه حبيب قلبى ان قال يا على ان صـلّيت فصّل صـلاه اضـعف من خلفك و لا تتّخـذنّ مؤذّنا يأخذ على اذانه اجرا و بما روى عن دعائم الاسلام عن امير المؤمنين عليه السّلام من السّحت اجر المؤذّن يعنى اذا استوجره القوم و قال لا بأس بان يجرى عليه من بيت المال و لا يخفى انّ الظّاهر من الاخبار المذكوره هو اذان الاعلام و اذان الصّـلاه و امّا اذان المكلّف لصـلاه نفسه فهو كالاقامه يمكن دعوى الاولويّه فيه و لكنّ الاشكال فى انّ مفاد الصّحيحه أيضا اعمّ من الحرمه و ذلك لمـا نرى من الرّوايـات النّاهيه عن الصّـلاه خلف من يرتكب منافيات المرويّه و عن شـهاده السّائل بالكفّ مع انّ شـيئا منهما ليس بحرام شرعا فالصّحيحه أيضا لعلّها من قبيلها و امّا ما بعدها فسياقها سياق بيان ما يترجّح فعله او يترجّح تركه و لهذا

قال فيها فصلّ صلاه اضعف من خلفك و امّا روايه الدّعائم فهى ممّا لا يعتمد عليه الاصحاب و كون القول بالحرمه مشهوره بين الاصحاب لا يصير سببا لجبر ضعف الرّوايه فانّها من الموافقه فى المضمون و انّما الجابر لضعف الرّوايه هو عمل المشهور بها بحيث يعلم استناد قدماء الاصحاب فى فتاويهم إليها و من اين يعلم ذلك فى المقام فالعمده فى اثبات الحرمه هى ما اشار إليه المصنّف من مطابقتها لقاعده عدم جواز الاستيجار على المستحبّ اذا كان من العبادات ثمّ انّه اذا فعل حراما و اخذ الاجره و بدا له فاذّن بقصد القربه لا بداعى الاجره كان اذانه صحيحا و ترتّب عليه اثر الاذان المأمور به و امّا لو اذّن بداعى الاجره فان كان اذان الصّلاه كان محرّما لانّ الاذان على هذا الوجه غير مشروع و كان فاسدا لانّ الاذان عباده و ان كان اذان الاعلام كان محرّما أيضا لما ذكرنا من غير فرق بين القول باشتراط النيّه فيه و عدمه و هل يكون فاسدا فلا يترتّب عليه احكام الأذان من الاجتزاء به و استحباب حكايته و نحو ذلك أم لا وجهان مبنيّان على انّ الاعلام بدخول الوقت المستحبّ كفايه هل يتأتّى بالاذان المحرّم و الّذى لا يتقرّب به أم لا و هو محلّ تردّد و دعوى ظهور الادلّه فى ترتّبها على خصوص الاذان المحلّل ممنوعه

[أخذ الأجره على الإمامه]

قوله (من حرمه اخذ الاجره على الامامه)

ان كان وجه الحرمه الاخبار الوارده فى الاذان فقد عرفت الاشكال فى دلالتها و ان كان الوجه فيها القاعده المتقدّمه فاعتبار القربه فى إماميّه الامام فى الجماعه مضافا الى القربه فى اصل الصّلاه لا دليل عليه و الظّاهر كفايه القربه فى اصل الصّلاه فى الصحّه و لأجل هذا ينعقد الجماعه و لو لم ينو الامام الامامه و الجماعه نعم عباديّتها و ثوابها موقوفه على تحقّقها بداعى الاخلاص و امّا الاحتياط فى التجنّب عن اخذ الاجره فلا اشكال فى حسنه و لزومه

[ثمّ إنّ من الواجبات التى يحرم أخذ الأُجره عليها عند المشهور تحمّل الشهاده]

قوله (كما هو احد الاقوال فى المسأله)

و هو المشهور و ثانيها عدم الوجوب و هو المنقول عن ابن ادريس و ثالثها التّفصيل بين من له اهليّه الشّهاده فيجب التحمّل و غيره فلا- يجب نقل عن الشّيخ فى النّهايه و جماعه و على القول الاوّل فوجوب التّحمل و كذا الاداء ان كان عينيّا فحرمه اخذ الاجره عليه واضحه و ان كان كفائيّا فجعل المصنّف حرمه الاجره من حيث انّ التحمّل و الاداء حقّ و فيه أوّلا ما مرّ من انّ مطلق الوجوب مانع عن جواز اخذ الاجره و لا يختصّ فى الكفائى بما كان حقّا لمخلوق و ثانيا الحكم امّا تكليف يتعلّق بافعال العباد أوّلا- و بالذّات من حيث المنع عنها و الرّخصه فيها و امّا وضع لا يتضمّن المنع و الرّخصه و لا يتعلّق بالافعال ابتداء و ان كان له نحو تعلّق بها باعتبار ما يستتبعه من التّكليف و الحقّ قد يطلق فى مقابل الملك و قد يطلق فيما يرادفه و هو بمعنييه سلطنه مجعوله للإنسان من حيث هو على

غیره و لو بالاعتبار من مال او شخص او هما معا کالعین المستاجره فانّ للمستأجر سلطنه علی الموجر فی ماله الخاصّ و هو اضعف من مرتبه الملک او أوّل مرتبه من مراتبه المختلفه فی الشدّه و الضّعف و یختلف بحسب الاحکام و الآثار فکما انّ منه ما یمتنع فیه السّقوط و الاسقاط و النّقل الاختیاری کالصّلح و الانتقال القهری کالارث و ذلک کحقّ الابوّه و ولایه الحاکم و حق استمتاع الزّوج بالزّوجه و منه ما یمکن فیه جمیع ذلک کحقّ الخیار المطلق و حقّ التّحجیر و منه ما یجوز سقوطه بالاسقاط و لا یجوز نقله کحقّ الخیار المجعول لصاحبه بشرط مباشرته للفسخ و منه ما ینقل مجّانا لا بعوض کحقّ القسم بین الزّوجات بناء علی عدم مقابلته بالاعواض فکذلک لا ضیر ثبوتا ان یکون منه ما یمتنع ان یکون بعوض و منه ما یکون مع العوض فالحقّ بما هو حقّ یختلف من حیث ثبوته بعوض و عدمه و سقوطه بالاسقاط و عدمه و نقله الی غیره مجّانا او بعوض و عدمه و انتقاله قهرا بالارث و عدمه الی اقسام متعدّده و تمییز القسم الخاصّ اثباتا و تعیین جمیع آثاره و احکامه انّما هو بحسب ما یستفاد من دلیله کما انّ تمییزه عن الحکم انّما هو بحسب ما یستفیده الفقیه من الادلّه و ما یقال فی طریق تشخیصه عن الحکم بالرّجوع الی ثبوت النّقل و السّقوط و عدمه فهو فاسد لانّ الحکم لا یسقط و لا ینقل فلو دلّ دلیل علی السّقوط او النّقل علم منه کون الشّی ء حقّا و لیس کلّ ما لا یسقط و لا ینقل حکما لما عرفت من انّ بعض اقسام الحقّ أیضا لا یسقط و لا ینقل و لو شکّ فی شی ء بین کونه حکما او حقّا او شکّ فیما علم کونه حقّا فی شی ء من آثاره من کونه مع العوض أم لا او کونه قابلا للمعامله و النّقل بعوض أم بدونه فالمرجع ما یقتضیه العمومات و الاصول و بالجمله الحقّ امر ذو مراتب قابل للتّشکیک و لا یقتضی مجرّد اطلاق الحقّ علی شی ء کونه بلا عوض و عدم قابلیّته للنّقل و الانتقال معلومیّه اختلاف الحقوق شرعا فی الآثار فما ذکره المصنّف ره من کون الموجود فی الخارج من الشّاهد حقّ للمشهود له و لا یقابل بعوض أوّل الدّعوی و کونه اکلا للمال بالباطل ممنوع الّا اذا ثبت کون هذا الحقّ مجعول علی وجه المجّانیه و أمّا اذا کان الحقّ هو التحمّل و الاداء و لو بقصد العوض فلا یکون کذلک بل یمکن دعوی انّ خلافه باطل لانتفاع المشهود له بعمل الغیر الّذی هو محترم بلا دفع عوض و هو یعدّ من الأکل بالباطل اذ الأکل فی کلّ شی ء بحسبه فالجمع بین الحقّین احدهما الحقّ الثّابت من الشّارع علی الشّاهد لحفظ اموال النّاس و حقوقهم و ثانیهما الحقّ الثّابت منه لحفظ احترام الاعمال هو ان یؤدّی الشّهاده و یأخذ الاجره فان ظهر من دلیل تحمّل الشّهاده انّه لا بدّ ان یکون بلا عوض لا یصحّ اخذ العوض علیه و الّا جاز و ان لم یدلّ دلیل خاصّ علی الجواز فانّ ذلک مقتضی قاعده احترام عمل المسلم الّا ان یمنع مانع و المفروض عدمه و ان ابیت عمّا ذکرنا فهل تأبی اطلاق الحقّ علی شی ء من باب التّسامح و التّوسعه

کحقّ الجار على الجار و حقّ المسلم على اخيه مع انّ اطلاق الحقّ عليهما لا يقتضى شيئا من ذلک بالضّروره ثمّ انّ هذا کلّه مع قطع النّظر عمّا هو الصّواب من انّ الوجوب مط مانع عن اخذ الاجره

[خاتمه تشتمل على مسائل]

[الأولى فى حرمه بيع المصحف]

قوله (ع) انّما کان يوضع عند القامه)

اى حائط المسجد لانّه قائم او انّ حائط مسجد رسول اللّه (ص) کان قدر قامه

قوله (و مثله روايه روح بن عبد الرّحمن)

فيه سهو من القلم فانّ فى کاو فى وئل روح بن عبد الرّحيم

قوله (و لکن هکذا کانوا يصنعون)

اى کانوا يکتبون بانفسهم فى الصّدر الاوّل

قوله (بقى الکلام فى المراد من حرمه البيع)

و الحقّ فى الجواب ان يقال انّ النّقوش ان لم تعدّ من الاعيان المملوکه لا تقابل بالمال و لکنّها ملحوظه فى البيع و يکون زياده الثّمن فى مقابل الورق بلحاظها کالصّياغه الّتى تقع فى مقابل زياده النّقدين و يخرج البيع بسببه عن کونه ربويّا و کالکتابه فى العبد الکاتب فانّ کونه کاتبا يوجب زياده قيمه العبد مع انّ الثّمن لا يقع بإزائها و الشّارع قد نهى عن هذا اللّحاظ کما هو المرسوم فى سائر الکتب و من ذلک يعلم انّ قول المصنّف فلا حاجه الى النّهى عن بيع الخطّ فى غير محلّه اذ بعد نهى الشّارع لا يقصد المشترى العالم بالنّهى جعل الثّمن فى مقابل الورق بلحاظ النّقش على حدّ سائر الاوصاف الملحوظه فى المبيع بل يختار طريقا جائزا للبيع لا مانع منه و هو جعل الثّمن بإزاء نفس الورق کما انّ من يريد التخلّص عن الرّبا لا يدفع بقصد الزياده العوضيّه بل يدفع بالتبرّع او بغيره ممّا جعلوه طريقا للتخلّص عن الحرام و توهّم انّ عدم قصد جعل الثّمن بإزاء الورق المبيع بلحاظ وصف النّقش غير مقدور لانّ المشترى لا يريد الّا شراء المصحف لا الورق و يمتنع انقلاب قصده مدفوع بمنع الملازمه بين قصد تملّک شى ء و وقوع البيع عليه فقصد اتّصاف الورق بالخطّ قهرىّ يمتنع عدمه و لا يلزمه جعل الثّمن بلحاظه و نهى الشّارع لا ينافى ما هو مقصود المتبايعين فانّ المقصود هو تملّک المصحف و هذا يحصل بغير الطّريق المنهىّ فمجرّد النّهى لا يوجب اشکالا و انّما هو فيما لم يکن طريق اخر لتملّک المصحف و ان عدّت من الاعيان المملوکه فبعد نهى الشّارع عن جعلها جزء للمبيع لا بدّ من قصد بيع الجلد و الورق و تمليک الخطّ مجّانا او تبعا و بالجمله لو لا النّهى کانت النّقوش امّا ملحوظه فى الثّمن و امّا واقعه جزء للمبيع بل کانت هى المقصوده بالاصاله من المعامله و کان غيرها تابعا و بملاحظه النّهى ينعکس الامر و التبعيّه امر يمکن قصده

من المتبـايعين فى مقـام التّمليـك او لتملّـك كيف و تكون جمله من الاعيـان المملوكه خارجه عن المبيع و لا تقابل بشـى ء من المال فى المعاملات و تكون من

التّوابع و لأجل التبعيّه يوجب فواتها الخيار لا تبعّض الثّمن

قوله (مع انّ هذا كالتزام)

خبر انّ مجرّد تكليف صوريّ

قوله (و لاجل ما ذكرنا التجاء بعض)

و قد يتوهّم الحمل على الكراهه من حيث انّ الاخبار النّاهيه ظاهره فى الحرمه لاحتمال إراده الكراهه و اخبار الجواز نصّ فى ذلك و فيه ما ذكره المصنّف من انّ اخبار الجواز ليست فى مقام بيان الحكم حتّى يؤخذ بمدلولها بل فى مقام اظهار رغبه النّاس فى الصّدر الاوّل على كتابه القرآن بحيث يضعون الورق فى محلّ ضيق لعدم حصول التّزاحم و التّدافع و يكتبون سوره فسوره هذا مضافا الى اعراض الأصحاب عنها و ذلك يدلّ على ضعف فيها و ليس الّا ما عرفت

[الثانيه جوائز السلطان و عمّاله]

قوله (و ارتفاعها مع الاخبار فتأمّل)

الظّاهر انّه إشاره الى انّ الكراهه لو كانت شرعيّه و بسبب دليل خاصّ يختصّ بما اذا كان الظّالم مظنّه الظّلم و الغصب كان تقييد رفعها بما اذا كان مأمونا فى خبره متّجها الّا انّه لم يقم دليل عليها بالخصوص و ان كانت ارشاديّه فهى انّما ترتفع فيما اذا كان المجيز مأمونا فى خبره بالحليّه بمرتبتها الشّديده و هى ما كان الموجب كون الظّالم مظنّه الظّلم و الغصب لا مطلقا فانّها لمجرّد احتمال الحرمه غير مرفوعه قطعا و يحتمل ان يكون إشاره الى انّ تقييد ارتفاعها بما ذكر ينافى كلماتهم بارتفاعها باخبار المجيز بالحليّه مط من دون تقييد نعم قيّد الاردبيلى ره بذلك فى اخبار وكيله و هو أيضا لا يدلّ على التّقييد فى اخباره بنفسه فعن شرح الارشاد الظّاهر انّه يجوز قبول ما لم يعلم كونه حراما على كراهيّه و ان علم كونه حلالا فلا كراهه و لا يبعد قبول قوله فى ذلك خصوصا مع القرائن بان يقول هذا من زراعتى او تجارتى او انّه اقترضت من فلان و غير ذلك ممّا علم حليّته من غير شبهه و قول وكيله المأمون حين يعطى و غير ذلك ه

قوله (نعم يمكن الخدشه فى اصل الاستدلال)

فيه أوّلا انّ هذا الكلام يجرى فى الاصل و هو المختلط بالحرام يقينا أيضا فيما لو كان مقدار الحرام فى الواقع اكثر من الخمس المدفوع منه فانّ الزّائد عليه ح من قذر العين المفروض تطهيره أيضا بذلك و ثانيا انّه لا يجرى فى المقام و هو المال المحتمل لكونه بنفسه حراما فيما لو كان الاحتمال ثلاثيّا مردّدا بين كونه حلالا او حراما او مشتملا عليهما و اولى منه فى عدم جريان الخدشه ما لو كان الاحتمال ثنائيّا مردّدا بين كونه حلالا او مشتملا على الحلال و الحرام

قوله (و هى عدّه اخبار مذكوره فى محلّها)

منها ما رواه عدّه من اصحابنا عن احمد بن محمّد بن عيسى عن يزيد قال كتبت جعلت لك الفداء تعلّمنى ما الفائده و ما حدّها رأيك ابقاك اللّه ان تمنّ علىّ ببيان ذلك لكى لا اكون مقيما على الحرام لا صلاه لى و لا صوم فكتب (ع) الفائده ممّا يفيد أليك فى تجاره من ربحها و حرث بعد الغرام او جائزه و منها

ما عن ابن ادريس فى اخر السّرائر نقلا عن كتاب محمّد بن علىّ بن محبوب عن ابى بصير عن ابى عبد اللّه (ع) قال كتبت إليه فى الرّجل يهدى إليه مولاه و المنقطع إليه هديّه تبلغ الفى درهم او اقلّ او اكثر هل عليه فيها الخمس فكتب ع الخمس فى ذلک و لكنّ الظّاهر عدم صحّه الاستدلال بهذه الاخبار فانّ التمسّک بإطلاقها فى المقام انّما يصحّ اذا كانت فى مقام البيان و كلّها فى مقام بيان حكم اخر و هو ثبوت الخمس فى الرّبح و انّما يمكن التمسّک بإطلاقها فيما وردت لاجله ثمّ لا يخفى انّ استحباب اخراج الخمس لا ينافى كراهه التصرّف فى الباقى

قوله (و طرح قاعده الاحتياط فى الشبهه المحصوره)

اعلم انّه لا كلام فى خروج جوائز السّلطان و ما الحق به عن حكم الشّبهه المحصوره فى الجمله فيجوز تناول ما يعطيه و المعامله معه عليه اجماعا للنّصوص المستفيضه بل المتواتره معنى الصّريحه فى ذلک و انّما الكلام فى خروج المقام عن حكم الشبهه المحصوره مط او فى خصوص ما اذا حصل من الجائرين تصرّف خاصّ كاعطاء و بيع و نحو ذلک او فى خصوص ما اذا كان غير الجائزه من اموالهم مثلا خارجا عن ابتلاء المجاز و يحمل النّصوص المشار إليها عليهما و بناء على حمل النّصوص على احد الوجهين لا يكون المقام خارجا فى الحقيقه عن حكم الشبهه المحصوره من وجوب الاجتناب عن اطرافها بعد تنجّز الخطاب بالاجتناب عن الحرام منها و امّا بناء على خروج المقام عن حكمها مط كما هو المشهور بل ادّعى عليه الاجماع فحيث انّه مبنىّ على قيام الادلّه الخاصّه يكون خروج المقام لحكومه ادلّه التّرخيص على قاعده الاحتياط فى الشّبهه المحصوره و صريح المصنّف فى الكتاب أوّلا عدم تماميّه دلاله النّصوص على الخروج مط و ثانيا لو فرض نصّ مطلق فى حلّ هذه الشّبهه مع قطع النّظر عن التصرّف و عدم الابتلاء بكلا المشتبهين لم ينهض للحكومه على قاعده الاحتياط فى الشّبهه المحصوره ثمّ لا يخفى انّ بناء على تخصيص الجواز باحد الوجهين و عدم خروج المقام عن المحصوره مط لو فرضنا موردا خارجا عن الوجهين كما اذا اراد اخذ شى ء من ماله مقاصّه او علم انّ المجيز قد اجازه او اذن له فى الأخذ من امواله على سبيل التّخيير كالاشاره الى صرّه من الصّرر المتعدّده المشتبه حلالها بحرامها حرم الاخذ منها من دون فرق بين ان يحمل نصوص الجواز على مورد عدم ابتلاء المجاز بجميع الاطراف و حملها على حصول التصرّف من المجيز نعم لو علم المجاز باقدام المجيز على المشتبه عنده فبناء على حمل النّصوص على عدم الابتلاء جاز الاخذ منه بخلاف الوجه الاخر و هو حملها على حصول التصرف فلا تغفل ثمّ انّ صاحب الجواهر ره قد اصرّ بخروج المقام عن المحصوره موضوعا و انّه من الشبهه الغير المحصوره بملاحظه كلّى الظّالم و صنفه من كلّ ذى مال مختلط حرامه بحلاله كالعشّار و السّارق و المربى و المرتشى و من لم يخرج الحقوق و نحوهم الّذى منه الجائر فانّ ما فى ايدى كلّ واحد من هؤلاء و ان كان من المحصوره

لو اشتبه الحرام منه بالحلال الّا انّ المجموع من حيث المجموع الملحوظ بلحاظ الوحده صنفا مخرج لها عنها و فيه انّه ح يكون من شبهه الكثير فى الكثير الملحق بالمحصوره حكما مضافا الى انّ فتح هذا الباب يلزمه سدّ باب الشّبهه المحصوره غالبا

قوله (و امّا روايه محمّد بن مسلم و زراره عن ابى جعفر (ع)

الانصاف انّ الرّوايه كغيرها من الرّوايات الّتى اشار إليها ما تقدّم من عباره لك ظاهره فى الحلّيه و عدم البأس من حيث نفس الاشتباه لا من جهه كون الشّبهه غير محصوره او الاستناد الى اليد او التصرّف او انّ تردّد الحرام بين ما ملّكه الجائر و ما بقى تحت يده تردّد بين ما هو محلّ للابتلاء و غيره و ليست الرّوايه كاخبار كلّ شى ء لك حلال فى امكان حملها على غير المحصور او الخارج عن محلّ الابتلاء لوجهين الاوّل اطلاق الرّوايه بالنّسبه الى جميع صور الاشتباه لو لم يقبل ظهورها فى المحصوره بخلاف تلك الاخبار فانّها مغيّاه بمعرفه الحرام و الثّانى انّ تلك الاخبار معارضه بالاخبار الدالّه على وجوب الاجتناب مط و مقتضى الجمع هو حمل الاخبار المجوّزه على الشّبهه الغير المحصوره و المانعه على المحصوره و ليس الاخبار الوارده فى جوائز السّلطان و المال المأخوذ منه مجّانا او بعوض كذلك نعم فى المقام أيضا جمله من الاخبار الظّاهره فى وجوب الاجتناب فى صوره اختلاط الحلال بالحرام و لكنّها لا تقاوم الادلّه المجوّزه لكثرتها و قوّه دلالتها و موافقه المشهور لها فلا بدّ من حملها على الاستحباب او على صوره المزج و من جمله اخبار المقام الّتى تكون ظاهره فى الجواز مع كون الشّبهه محصوره روايه اسحاق بن عمّار قال سألته عن الرّجل يشترى من العامل و هو يظلم قال يشترى منه ما لم يعلم انّه ظلم فيه احدا فانّها صريحه فى الجواز ان لم يعلم بانّ فيما اخذه حراما و منها موثّقه سماعه الّتى ذكرها المصنّف ره فى باب الاشتغال من الرّسائل و صرّح بانّه لا يجوز حملها على غير الشّبهه المحصوره لانّ مورده فيها و هى هكذا قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل اصاب مالا من عمّال بنى اميّه و هو يتصدّق منه و يصل قرابته و يحجّ ليغفر له ما اكتسب و يقول إِنَّ الْحَسَنٰاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئٰاتِ فقال (ع) انّ الخطيئه لا تكفّر الخطيئه و انّ الحسنه تحطّ الخطيئه ثمّ قال (ع) اذا كان خلط الحرام حلالا فاختلطا جميعا فلم يعرف الحرام من الحلال فلا بأس و الرّوايات الظّاهره فى الحلّيه و عدم البأس فى عنوان المسأله من حيث نفس الاشتباه حاكمه او وارده على قاعده الاحتياط لانّ حكم العقل به فى الشّبهه المحصوره انّما هو فى صوره عدم اذن من الشّارع بالارتكاب

قوله (لكنّ الظّاهر انّ هذه الخدشه غير مسموعه)

الانصاف انّها فى محلّها فانّ بناء على الاكتفاء باحتمال صدور الصّحيح و لو لداع اخر يلزم الحمل على الصّحيح مع اقدامه على التصرّف فى الحرام عنده لاحتمال كون المقدم عليه حلالا فى الواقع فانّ العبره ح فى الحمل على الصّحيح هو مجرّد احتمال المطابقه للواقع

فان قلت انّ بين المقيس و المقيس عليه فرق و هو احتمال قصد الصّحيح فى المقيس و

لو لداع غير التورّع عن الحرام و هذا الاحتمال لا يجرى فى المقيس عليه و من اجل هذا الفرق يحمل الفعل على الصحّه فى الاوّل دون الثّانى

قلت كيف يكون العبره فى الحمل على الصّحيح هذا الاحتمال الجارى فى الاوّل مع العلم بعدم اعتناء الظّالم المتصرّف بهذا القصد و تصرّفه فى جميع ما هو فى يده من دون فرق بين ما كان حلالا او حراما او مشتبها و يمكن ان يكون الامر بالتأمّل إشاره الى هذا

قوله (و اوضح ما فى هذا الباب من عبارات الاصحاب)

فانّه صريح فى حلّيه ما اذا كان المأخوذ من الجائر مشتبها بالشّبهه المحصوره و يريد المصنّف من كلامه فى المقام انّه لم يثبت فى مفروض المقام من النّص و لا فتوى الاصحاب ما يكون صريحا فى عدم وجوب الاجتناب الّا عباره السّرائر و هى غير قابله للاعتناء بها و التكلّم فيها لانّ الحلّى ره استند فيها الى ما زعمه من القاعده و لا يخفى عدم تماميّتها الّا ان يريد به الشبهه الغير المحصوره بقرينه الاستهلاك و من الواضح عدم ارادته لها بالخصوص فانّ الاستهلاك لا يستلزم عدم انحصار الشّبهه و التّعليل بعدم القدره على ردّها بعينها يجرى أيضا فى المحصوره و غيرها و العباره بمجموعها صريحه فى الحكم بالحليّه فى مورد العلم الاجمالى و لا وجه رأسا لحملها على غير المحصوره و الامر بالتّأمّل إشاره الى ما ذكرنا

قوله (و التقيّه تتادّى بقصد الردّ)

فان اخذه بقصد الردّ الى مالكه مع التمكّن منه و التصدّق عنه مع عدمه كان محسنا و يكون امانه فى يده لا يضمنها الّا مع التعدّى او التّفريط فانّ اخذه ح من حيث الحدوث كالعدم و من حيث البقاء لا يقتضى الضّمان مع قصد الردّ و لو اخذه لا بقصد التملّك و لا بقصد الردّ الى مالكه فظاهر المتن حيث حصر عدم الضّمان فيما لو اخذه بنيّه الردّ هو الضّمان و لكنّ الاصحّ عدمه لمنع شمول اطلاق على اليد لهذا الاخذ و كون الاخذ بغير نيّه الردّ تصرّف لم يعلم رضا صاحبه به لا يثبت الضّمان لانّ هذا التصرّف حيث كان عن تقيّه كان كالعدم ثمّ انّه لو اخذ بقصد الردّ حدوثا ثمّ قصد التملّك بقاء فان استمرّ على قصده و لم يندم فلا اشكال فى الضّمان و ان ندم ففى المسأله قولان و الاوجه انّه يرجع الى عدم الضّمان نظير ما اذا قصد الودعى تملّك الوديعه ثمّ تاب او فرّط فيها باخراجها من الحرز ثمّ اعادها إليه

و ما يقال من انّه بعد ان استولى على ما الغير بغير اذنه فرافع ضمانه امّا الاداء او ما يلحق به كالإذن الجديد من المالك فى التصرّف و مجرّد النّدم ليس رافعا له فمدفوع بانّ فى مرتبه البقاء لم يحدث استيلاء جديدا او الواقع منه ليس الّا مجرّد قصد التملّك و من الواضح انّ القصد المحض من دون حصول استيلاء منه لا يوجب الضّمان

قوله (و ان اخذه بنيّه الردّ كان محسنا

فلا سبيل عليه و كان القبض ح لرعايه مصلحه المالك و عدم تضرّره و الحكم بالضّمان يكون من رفع الضّرر بالضّرر المساوى

له فى رتبه الملاحظه بل يكون القبض مستحبّا لانّه حسبىّ بامر الشّارع

قوله (و يحتمل

قويّا الضّمان هنا)

لمّا حكم أوّلا بانّه ان كان العلم بحرمه ما اخذه بعد وقوعه فى يده فهو مثل ما لو علم بحرمته قبل وقوعه فى يده فان حفظه متى ما علم بقصد الردّ كان محسنا و ان قصد التملّك كان غاصبا رجع عنه بتقويه احتمال الضّمان و على ایّ حال فهنا مسئلتان الاولى انّ الاخذ بنيّه التملّک مع عدم علمه بكون المال للغير يوجب الضّمان أم لا- و الثّانيه انّ بناء على الضّمان فبعد علمه لو نوى الحفظ و الردّ الى مالكه هل يرتفع الضّمان أم لا و احتمل المصنّف قويّا الضّمان فى المسألتين و ظاهر لک عدم الضّمان فيهما و الاقوى هو الضّمان لعموم على اليد و قد اخذه بنيّه التملّک و لمصلحه نفسه و على كون المال له و ليس يده و استيلائه عليه عند القبض امانه فانّه لم يأخذه بنيّه الردّ و الحفظ و قد اطلقوا القول بالضّمان فيهما و الاقوى هو الضّمان لعموم على اليد و قد اخذه بنيّه التملّک و لمصلحه نفسه و على كون المال له و ليس يده و استيلائه عليه عند القبض امانه فانّه لم يأخذه بنيّه الردّ و الحفظ و قد اطلقوا القول بالضّمان فى مسئله تعاقب الايدى من دون فرق بين العلم بالغصب و الجهل به مستمرّا كان الجهل به أم لا و رجوع المالک الى من شاء منهم نعم بناء على عدم عموم على اليد و اختصاصها بما اذا كان الاخذ عن قهر و استيلاء على المالک لا مجرّد الوصول و لو مع الجهل يكون المتّجه عدم الضّمان و لكنّ الظّاهر انّ الفتاوى على خلافه

فان قيل سلّمنا ثبوت الضّمان فى المسأله الاولى و هو حال الاخذ و لكن عند العلم بالحرمه و قصد ردّ المال الى مالكه يحكم بسقوط الضّمان لانّ القبض ح يكون مأذونا فيه من الشّارع و يكون القابض مع هذا القصد محسنا فاليد تنقلب من كونها ضمانيّا الى كونها امانه شرعيّه و هى من مسقطات الضّمان

قيل انّ القصد و ان كان مأذونا فيه لكنّه غير كاف فى اسقاط الضّمان و تقليب اليد الى كونها امانيّه و ذلک لانّه بناء على بقاء الاكوان و عدم احتياج الباقى الى المؤثّر فالقبض المستمرّ قبض واحد و قد كان مضمونا عليه فيستصحب الضّمان و امّا بناء على عدم بقائها و انّ القبض ينحلّ الى قبوضات متعدّده فغايته انّ القبض حال العلم و قصد الردّ لا يوجب ضمانا و هذا لا ينافى ثبوته بالقبض السّابق و من الواضح انّ كون القبض المتجدّد المقرون بالاذن غير موجب للضّمان لا يلازم اسقاط الضّمان السّابق و التمسّک بقاعده الاحسان فى غير محلّه اذ المراد بالمحسن من حصل منه الاحسان لا من قصده من دون حصول له

قوله (و ليس هنا امر مطلق بالتصدّق ساكت)

قد يستشكل بانّ الامر بالتصدّق فى الاخبار الوارده فى المقام مطلق و ساكت عن ذكر الضّمان و يمكن ان يقال انّ المطلق اذا تقيّد بدليل منفصل لا يكون ساكتا عن القيد و يكون كما اذا تقيّد بدليل متّصل و المطلق انّما يكون ساكتا عنه و يصحّ التمسّک بإطلاقه اذا لم يقيّد اصلا و أمّا اذا تقيّد و لو بالمنفصل كان دليل التّقييد كاشفا عن عدم إراده الاطلاق من المطلق و فى المقام يكون مرسله السّرائر مقيّدا لما اطلق فيه الامر

قوله (و ايجابه للضّمان مراعى بعدم اجازه المالک)

و ذلک لظهور دليل الاتلاف فى كونه علّه تامّه من دون توقّف على شى ء و الفرق بين هذا

و ما سيذكره من احتمال كون التصدّق مراعى كالفضولى واضح فانّ الغرض هنا ان يكون صحّه التصدّق قطعيّا و الضّمان مراعى بعدم الاجازه و الاحتمال الآتى هو كون صحّه التصدّق مراعى بالاجازه

قوله لكنّ الاوجه الضّمان مط)

لا اشكال فى انّ استصحاب الضّمان فى صوره التملّك من الجائر ثمّ العلم بكونه مغصوبا لا مانع منه و امّا التمسّك بضميمه عدم القول بالفصل لثبوت الضّمان فى صوره اخذ المال من الغاصب حسبه ففيه ما لا يخفى لانّ المعتبر هو القول بعدم الفصل لا عدم القول بالفصل فانّ حجيّه الاجماع المركّب انّما هى بسبب رجوعه الى البسيط و ذلك لا يكون الّا مع القول بعدم الفصل اى الاجماع على عدم الفرق و نفى الثّالث و ليس المقام كذلك لعدم ثبوت نفى الثّالث منهم هذا مضافا الى انّ التمسّك بعدم القول بالفصل انّما يتمّ بالنّسبه الى الحكم الواقعى لا بالنّسبه الى مجارى الاصول و لا ضير فى العمل بكلّ من الاستصحاب و البراءه فى مورده و حكومه الاستصحاب على البراءه انّما هى فيما تعارضا فى موضوع واحد لا فيما كانا فى موضوعين مع انّ لقائل ان يقول استصحاب عدم الضّمان فى صوره اخذ المال حسبه يقتضى بضميمه عدم القول بالفصل عدمه فى صوره يد الضّمان و كذا لا اشكال فى التمسّك للضّمان مط بالمرسله المتقدّمه عن السّرائر المجبوره بالشّهره المحقّقه بل ادّعى شارح القواعد عدم وجود مخالف فى الحكم المذكور و كذا فى استفاده ذلك من روايه حفص بن غياث و وجهها انّ المستفاد منها هو انّ المناط فى التصدّق على وجه الضّمان فى اللّقطه بعد تعريفها سنه هو انّه يحصل اليأس من المالك و هذا المناط موجود فيما نحن فيه و ان لم نتعدّ عن موردها المشتمل على تحديد الفحص بالنّسبه إليه و العجب من السيّد الطّباطبائى ره حيث يقول فى الحاشيه فى ردّ التمسّك بمرسله السّرائر انّه يحتمل كونها مضمون روايه حفص و من العجب تمسّك المصنّف بها فى المقام مع انّه حكم فى السّابق بعدم التعدّى عن مورد الرّوايه و جعل المرسله إشاره إليها ه و فى الحاشيه للمرحوم العلّامه الحاجّ شيخ موسى الخوانسارى طاب ثراه المقرّر لبحث الاستاد النّائينى قدّس سرّه و امّا مرسله السّرائر فالظّاهر انّها روايه حفص الوارده فيمن اودعه رجل من اللّصوص دراهم و قد تقدّم منه قدّس سرّه انّه لا وجه للتعدّى منها الى غير مورد السّرقه ه مع انّ صريح عباره السّرائر هو تغاير الرّوايتين حيث يقول أوّلا و قد روى اصحابنا انّه يتصدّق به عنه و يكون ضامنا و هذا هو المراد بالمرسله المستند إليها فى المقام ثمّ يقول و قد روى انّه يكون بمنزله اللّقطه و الظّاهر انّ المراد بهذا هو روايه حفص فراجع

قوله (و لو مات المتصدّق فردّ المالك فالظّاهر

و يحتمل العدم و تعيّن قبول الاجر و الثّواب عليه خصوصا على القول بثبوت الحقّ للمالك بظهوره

او بمطالبته لا عند التصدّق به كما عليه جماعه و تفصيل المسأله محلّها فی كتاب اللّقطه

[الثالثه ما يأخذه السلطان المستحلّ لأخذ الخراج و المقاسمه من الأراضی باسمهما و من الأنعام باسم الزكاه]

قوله (و منها صحيحه عبد الرّحمن بن الحجّاج)

و الاستدلال بها مبنیّ علی كون الطّعام المشتری من الحقوق المضروبه علی الاراضی و الزّراعه و لكنّها ليست ظاهره فی ذلك و لا يبعد كون اللّام فيها للعهد و المعهود من غيرها و الامر سهل لانّ الاخبار المتقدّمه كافيه فی الدّلاله علی الجواز

قوله (و الظّاهر من الاصحاب فی باب المساقات)

و الظّاهر مبتداء و الخبر اجراء ما يأخذه الجائر و توضيح مرامه يتوقّف علی تقديم امور الاوّل انّ الاراضی الخراجيّه ملك للمسلمين فلا بدّ لها من اجره تصرّف فی مصالحهم الثّانی انّ الاجره تثبت فی ذمّه مستعمل الأرض الثّالث ستسمع فی التّنبيه الآتی انّ ظاهر جماعه عدم جواز التّصرف فی الاراضی و فی خراجها الّا باذن السّلطان الجائر و انّ ما يأخذه بمنزله ما يأخذه العادل اذا عرفت هذا فقولهم انّ خراج السّلطان علی مالك الأشجار يفيد براءه ذمّه مستعمل الأرض عن حقّ الخراج باداء غيره الّذی هو مالك الاشجار فانّ ادائه انّما هو من باب البدليّه عن المستعمل لانّ تقبّل المالك من السّلطان لا يؤثّر فی صرف حصّه الخراج عن ذمّه المستعمل فيكون كلامهم شاهدا علی جواز المعاوضه علی الخراج قبل اخذ السّلطان بل ثبوت الخراج علی المالك حين مواضعته مع المستعمل يكون كمعامله علی الخراج قبل قبض السّلطان و قد اعترض بعض المحشّين فی المقام علی المصنّف بما ليس له حاصل

قوله يشكل توجيهه من جهه عدم المالك)

الظّاهر انّ مرادهم من المالك من بيده الارض

قوله (اذا علمت حراما بعينها فافهم)

إشاره الی دقّه التوجيهين

قوله (مثل صحيحه زراره اشتری ضريس)

و فی بعض النّسخ ازارا بدل ارزا و كان هبيره من عمّال بنی اميّه و قدم هؤلاء يعنی بنی العبّاس

قوله (الحمل علی وجوه الظّلم المحرّمه مخالف لظاهر العامّ)

المراد من العام هو اموال الشّيعه و ليس المراد من الاحتمال الثّانی هو خصوص الخراج و المقاسمات و الزّكوات كما يوهمه

ظاهر العباره بل المراد هو مطلق ما يؤخذ من الشّيعه فيكون وجوه الظّلم المحرّمه أيضا داخله فيها لكنّ الاولويّه انّما هى بالنّسبه الى غير الزّكاه اى لشمول وجوه الخراج و المقاسمات فانّها لم تكن مراده بناء على الاحتمال الأوّل و اختصاص الاموال بوجوه الظلم المحرّمه و امّا الزّكاه فهى مراده و لو بناء على الاحتمال الاوّل لانّها من وجوه الظّلم خصوصا بناء على عدم الاجتزاء بها عن الزّكاه الواجبه فان بناء على الاجتزاء يكون اخذ الجائر للزّكاه ظلما على فقراء الشّيعه و بناء على عدم الاجتزاء يكون ظلما على من اخذ منهم أيضا

قوله (لبعض مصالح المسلمين فلا يخلو عن اشكال)

و ذلك للاشكال فى نفوذ تمليك الجائر للارض

الّتی هی للمسلمین و لکنّه ضعیف لانّ السّلطان العادل اذا رای مصلحه فی تملیک رقبه الارض کان له ذلک و الجائر مثله بعد عموم التّنزیل

قوله (و کذا ما تقدّم فیها من التّنقیح)

فانّ بعد اباحتهم (ع) للشّیعه التصرّف فی الانفال یکون التصرّف فی الارض لمن هی بیده تصرّفا مأذونا فیه من المالک قبل تصرّف الجائر باخذ الاجره

قوله (نعم لو فرض انّه ضرب الخراج علی ملک غیر الامام)

کاراضی الکفر الّتی فتحت فی عصر الغیبه و ضرب السّلطان الجائر المخالف علیها الخراج بزعم انّه ولیّ الامر او فرض انّ الجائر ضرب الخراج علی الانفال لا بعنوان الامامه و انّه ولیّ الامر من دون فرق بین کونه مسلما أم کافرا

قوله (فلا بدّ امّا من الحکم بحلّ ذلک کلّه لدفع الحرج)

و کذلک یلزم الحکم بحلّ ما یأخذه من تسلّط علی قریه او بلده خروجا علی سلطان الوقت و یأخذ من المسلمین حقوقهم مع انّه لا ریب عندهم فی عدم جریان الحکم و لا یخفی علی المتامّل ان لا وجه للتمسّک فی المقام بلزوم الحرج اصلا لانّ نفی الحرج قاعده تفید رفع الاحکام الثّابته و لا تثبت حکما یلزم من عدمه الحرج النّوعی و هذا ظاهر فی محلّه

قوله (بنفی السّبیل للکافر علی المؤمن فتأمّل

إشاره الی انّ التمسّک بذلک انّما یصحّ لو ارید اثبات استحقاق الجائر و الکافر و انّه ولیّ التصرّف و لیس الغرض ذلک بل الغرض انّه هل یحلّ للمسلم ما یأخذه الکافر من الخراج کحلیّه ما یأخذه من السّلطان المخالف أم لا و لا ملازمه بین جواز الاخذ للآخذ و جواز التصرّف للجائر

قوله (نعم الاصل عدم تملّک غیرهم أیضا)

الّا اذا کان المتصرّف فی الارض مدّعیا لملکیّتها فانّها ح تکون محکومه بمقتضی دلیل الید بملکیّته

قوله (ع) (من ارض السّواد شیئا الّا من کانت له ذمّه

فانّ التزام الذمّی باحکامها یوجب صیانه امواله و منها الارض الّتی کان یملکها فبعد فتح ما جاور ارضه عنوه لا یجری علیها حکم البقیّه

قوله (مع انّه لا دلیل علی وجوب حمل الفاسد الخ)

غرضه من عـدم الحمل على الاقلّ فسادا اذا لم يتعدّد العنوان هو عدم تعدّد عنوان الفساد عند الفاعل لا فى الواقع و ذلك واضـح لانّ المناط فى الحمل المـذكور ليس الّا ذلك و فيما نحن فيه ليس العنوان عنـده الّا واحـدا فانّ الجائر لا يفرّق فى اخـذه للخراج بين كون الارض خراجيّه و عدمه

قوله (تقليدهم لمن يرى تملّك الارض الخراجيّه)

لوضوح انّ مع عدم علمهم بالموضوع لم يكن التّقليد المذكور مثبتا لكون الارض خراجيّه

قوله (من ايديهم لا من يد السّلطان

فانّ اصاله الصحّه فى فعل شخص انّما تفيد صحّه فعله لا صحّه فعل غيره

قوله (يمكن الاكتفاء عن اذن الامام المنصوص)

و فيه انّ المدار لو كان على مطلق الرّضا من دون

اعتبار لخصوص الاذن لما بقى مورد لاعتبار هذا الشّرط الّا نادرا لانّ الفتوحات لا تنفکّ عن الاذن ح و مع عدمه لا غنيمه حتّى تکون من الأنفال

قوله (معارض بالعموم من وجه لمرسله الورّاق)

فانّ الطّائفه الاولى من الاخبار المذکوره تقتضى بالمفهوم و الثّانيه منها بالمنطوق على انّ ما اخذت بالسّيف من الاراضى فهو للمسلمين سواء کان باذن الامام (ع) أم لا و المرسله تقتضى انّ الغنيمه مط ارضا کانت أم غيرها اذا اخذت بالسّيف من دون اذن الامام (ع) فهو له و مادّه الاجتماع هى الارض الماخوذه عنوه و بالسّيف من دون اذنه و يرجع فيها الى عموم الآيه الدالّه على انّ الخمس منها للامام (ع) و الباقى امّا يکون لخصوص المقاتله و لا قائل به فهو للمسلمين و لکن لا يخفى أوّلا انّ المرسله المنجبره بعمل الاصحاب تقدّم على الأخبار المذکوره لأنّها اقوى دلاله منها و ليس للاخبار ظهور فى کون الأرض للمسلمين على وجه يشمل مادّه الاجتماع بخلاف المرسله فانّها کالصّريحه فى انّ مادّه الاجتماع للامام (ع) بل دعوى حکومه المرسله عليها بان يقال انّ تلک الاخبار فى مقام بيان انّ ما اخذت عنوه فهى للمسلمين و المرسله فى مقام بيان انّه يشترط فى کون الغنيمه للمسلمين اذن الامام (ع) غير بعيده و بالجمله لا اشکال فى رجحان المرسله دلاله و اقوائيّه ظهورها على تلک الاخبار و مع الغضّ عن ذلک فهى تخصّصها و عموم الآيه بمرجّحات کثيره منها انجبارها بعمل الاصحاب و الشّهره المستفيضه بل عن لک انّ المعروف من المذهب مضمون المقطوعه الآتيه لا نعلم فيه مخالفا و منها تايّد المرسله و تقويتها بالحسنه بابراهيم بن هاشم عن معاويه بن وهب و فيها السريه يبعثها الامام فيصيبون غنائم کيف يقسّمون قال (ع) ان قاتلوا عليها مع امير أمّره الامام (ع) اخرج منه الخمس للّه و للرّسول و قسّم بينهم أربعه اخماس و ان لم يکونوا قاتلوا عليها المشرکين کان کلّما غنموا للامام (ع) يجعله حيث احبّ و منها تايّدها بالعمومات الدالّه على انّ الارض کلّها للامام (ع) المخصّصه بما علم خروجه الى غير ذلک من المرجّحات الّتى تعلم بالرّجوع الى اخبار الانفال و ثانيا انّ الکلام فى الشّبهه المصداقيّه و امّا الحکم الکلّى لمورد الاجتماع فقد مرّ منه البناء على کون المفتوح مال الامام و لا اشکال فى انّ الرّجوع فى المتعارضين الى عامّ آخر انّما هو فيما کانت الشّبهه حکميّه و ان شئت قلت انّ کلامه ره انّما هو فى وقوع الفتح عن اذن الامام (ع) و هو لا يثبت بهذا الدّليل و ما يثبت به بعد الاغماض عمّا عرفت أوّلا هو کونها للمسلمين و ذلک اعمّ من تحقّق الاذن او عدم اعتباره و العامّ لا يدلّ على تحقّق الخاصّ

قوله (و يخرج منها الخمس أوّلا على المشهور)

و هو الاقوى و يستدلّ عليه بعد عموم الآيه بجمله من الاخبار الّتى تدلّ على وجوب الخمس فى هذه الاراضى بالعموم او الاطلاق منها روايه ابى حمزه انّ اللّه جعل لنا اهل البيت سهاما ثلاثه فى جميع الفى ء الى ان قال (ع) و قد حرّمناه على جميع النّاس

ما خلا شيعتنا و اللّه يا أبا حمزه ما من ارض تفتح و لا خمس يخمّس فيضرب على شى ء الّا كان حراما على من يصيبه فرجا كان او مالا- و منها روايه ابى بصير عن الباقر (ع) كلّ شى ء قوتل عليه على شهاده ان لا إله الّا اللّه و انّ محمّدا رسول اللّه فانّ لنا خمسه و لا- يحلّ لاحد ان يشترى من الخمس شيئا الّا ان يصل إلينا حقّنا و منها قوله (ع) فى مرسله احمد الخمس من خمسه اشياء من الكنوز و المعادن و الغوص و المغنم الّذى يقاتل عليه و منها قوله (ع) فى روايه عمر بن يزيد أ و ما لنا من الأرض و ما اخرج منها الّا الخمس انّ الأرض كلّها لنا و لا تعارضها الاخبار المستفيضه الدالّه على كون الأرض المفتوحه عنوه للمسلمين و ان كانت اخصّ مط من الاخبار المذكوره و القاعده يقتضى حمل العامّ على الخاصّ و المطلق على المقيّد و الوجه فى كون اخبار الأرض المفتوحه عنوه اخصّ مط هو انّها مختصّه بالاراضى و غير المنقول من الغنائم و اخبار الخمس كعموم الآيه شامله بعمومها او اطلاقها للاراضى و غيرها من منقول الغنائم و قد يتوهّم انّ النّسبه بينهما عموم من وجه فانّ اخبار الأرض المفتوحه عنوه اعمّ أيضا من جهه و هى انّها مطلقه بالنّسبه الى جميع الأرض او الباقيه بعد اخراج الخمس منها الّا انّ التّرجيح لاخبار الخمس لموافقه الكتاب و مخالفه العامّه كما عن المستند و فيه انّ اخبار الأرض المفتوحه عنوه بإطلاقها اخصّ من اخبار الخمس و الخاصّ المطلق و ان كان بالنّسبه الى ما هو مندرج فيه مطلقا او عامّا مقدّم على العامّ المطلق الشّامل له و لغيره و ذلك واضح و الوجه فى العمل باخبار الخمس و عدم وقوع المعارضه هو انّ الاخبار الوارده فى حكم الأراضى المفتوحه عنوه من انّها للمسلمين و يكون فيئا لهم انّما هى فى مقام دفع ما يتوهّم من كونها مختصّه بالمقاتلين منهم و لا معارضه بينها و بين عموم الآيه و الأخبار الدّاله على الخمس بعد ان كان موردها بحسب السّياق مختصّا بغير الخمس منها فتدبّر و فى حاشيه السيّد الطّباطبائى ره فى المقام بعد نقل الاخبار المتقدّمه ما هذا لفظه فى المسأله اشكال و لذا حكى عن الحدائق انّه انكر ذلك على الاصحاب و قال انّه لا- دليل عليه سوى ظاهر الآيه الّتى يمكن تخصيصها بظاهر ما ورد من الاخبار فى هذا المضمار من قصر الخمس على ما يحول و ينقل من الغنائم دون غيره من الاراضى و المساكن كصحيح ربعى و غيره ممّا اشتمل على القسمه اخماسا او اسداسا عليهم و على الغانمين الّذى لا يتصوّر بالنسبه للارض ضروره عدم استحقاق الغانمين ذلك فى الأرض اذ هى للمسلمين كافّه الى يوم القيامه و امرها بيد الامام (ع) بل ملاحظه الأخبار الوارده فى بيان حكم الأرض المفتوحه عنوه خصوصا ارض خيبر و بيان حكم الخراج ممّا يشهد لذلك لخلوّها جميعا عن التعرّض فيها للخمس مع تعرّض بعضها للزّكاه انتهى و قد عرفت امكان الاستدلال على ما ذكره المشهور بالاخبار المذكوره مضافا الى الآيه و ما ذكره من ظهور القصر فى غير الاراضى من اخبار القسمه محلّ منع الّا انّ الانصاف تماميّه ما ذكره اخيرا من شهاده اخبار الأراضى الخراجيّه من جهه خلوّها عن

التعرّض لخمس الارض كما لا يخفى على من سبرها و منها الاخبار الكثيره الوارده فى ارض السّواد فانّه لا إشاره فى شى ء منها الى خمس الأرض و لا خمس الارتفاع و قد عرفت صحيحه محمّد بن مسلم الدالّه على انّ جميع ما فتحت بعد النّبى (ص) حكمه حكمها انتهى عباره الحاشيه و قد عرفت ممّا ذكرناه عدم تماميّه ما ذكراه

فان قلت كيف ينسب وجوب اخراج الخمس من هذه الاراضى الى المشهور بل فى كلام جماعه منهم صاحب الحدائق نسبته الى ظاهر الاصحاب بل فى ك فى شرح قول المصنّف فى تعداد ما يجب فيه الخمس الاوّل غنائم دار الحرب ممّا حواه العسكر و ما لم يحوه من ارض و غيرها ما لم يكن غصبا من مسلم او معاهد قليلا كان او كثيرا قال هذا الحكم مجمع عليه بين المسلمين و فى الجواهر بعد نسبته الى ظاهر الاصحاب كأنّه من المسلّمات عندهم مع انّ المصرّح به بالخصوص ليس الّا بعض الاصحاب و ذلك يظهر بالرّجوع الى كتب الفقه

قلت لعلّ منشأ جميع ذلک اطلاق كلامهم فى كتاب الخمس بوجوبه فى الغنائم الشّامل للمنقول منها و غيره

فان قلت كيف يصحّ النّسبه بظاهر الاطلاق مع اطلاق كلامهم فى كتاب الجهاد فى مقام بيان خصوص حكم الأرض المفتوحه عنوه بانّها للمسلمين من غير تقييد باخراج الخمس منها

قلت لو لم يكن الخمس واجبا فى الاراضى المذكوره لما صحّ اطلاقهم بثبوته فى الغنائم من دون تخصيص لها بالمنقول منها فى كتاب الخمس المتكفّل لما يجب فيه و المقرّر عندهم لبيان ذلک و لو كان الوجوب مختصّا ببعضها لزم ذكره و بيانه فى ذلک المقام و هذا بخلاف كتاب الجهاد و احياء الاموات فانّه متكفّل لبيان حكم الأرضين من حيث انّ المفتوحه عنوه تكون للمسلمين و لم تكن مخصوصه كالمنقول بالمقاتلين فاطلاق كلامهم فى هذا المقام اتّكالا على بيان الخمس فى محلّه لا يظهر منه نفيهم له فيها ثمّ لا يخفى انّ الخمس يخرج من ارتفاع الارض بناء على كون الأراضى المفتوحه عنوه للمسلمين على جهه الاختصاص لا الملكيّه و امّا بناء على الملكيّه فهل يخرج من العين او من ارتفاعها او يتخيّر بينهما وجوه

قوله (و مع الشکّ فيها فالاصل العدم)

سواء علم بالحياه و شکّ فى تقدّمها على الفتح او حدوثها بعده او لم يعلم بها اصلا الّا اذا علم كونها معموره قبل الفتح و شکّ فى خرابها قبله او بعده كان مقتضى الاصلى بقاء الحياه الى ما بعده فيكون للمسلمين و ان لم يثبت به عنوان الموات بعده

قوله (نعم ما وجد منها فى يد مدّع للملكيه حكم بها له)

لامكان انتقالها إليه من أهل الذمّه بالارث او الشّراء و لو بالواسطه بل امكان تملّكها و ان علم كونها من المفتوحه عنوه بوجوه من الصحّه منها تملّكه بالاحتساب عليه من الخمس او الشّراء من المستحقّ المحتسب عليه خمسا او من طرف حصّه الامام منه المباح للشيعه

قوله (بين الامام لكونها تركه من لا وارث له)

او كونها ممّا انجلى عنها أهلها

قوله و بين غيره)

كما عرفته فى الحاشيه السّابقه

قوله (ثمّ اعلم انّ ظاهر الاخبار تملّك المسلمين)

و ينبغى التّنبيه على امور الاوّل انّه لا كلام فى انّ الأرض المفتوحه عنوه باذن الامام (ع)

المحياه حال الفتح هى للمسلمين قاطبه و لمن يدخل فى الاسلام و لمن يوجد بعد ذلك بالسويّه من غير تفاضل بينهم فضلا عن التّخصيص بالمقاتله منهم للاجماع و الاخبار المستفيضه و لكنّ الكلام فى انّ كونها لهم هل هو على جهه الملكيّه او انّ لها نوع اختصاص بهم و لو من جهه صرف منافعها فى مصالحهم صرّح بعض بالاوّل و هو الظّاهر من عباره المتن و صرّح بعض بالثّانى و هو المنقول عن المستند و قال الأكثر انّها لهم من دون تعرّض لاحد الوجهين و يستدلّ للملكيّه بمكان اللّام و الاضافه الظّاهرتين فيها و التّحقيق منع الدّلاله على الزّائد من حقّ الاختصاص لصدق الاضافه بادنى الملابسه و اللّام حقيقه فى مطلق الاختصاص الّذى هو القدر المشترك بين جهاته من الملكيّه او الاستحقاق او الاختصاص الخاصّ و يفيد فى كلّ مقام معنى ففى مثل المال لزيد تكون اللّام ظاهره فى الملكيّه و فى مثل الجلّ للفرس تكون ظاهره فى الاختصاص المحض و انسباق الملكيّه الى الذّهن منها ممنوع بل الانصاف انّ دعوى انسباق الاختصاص منها فى المقام و لو من جهه اختصاص ارتفاع الأرض بهم لكونه يصرف فى مصالحهم كدعوى انّ الملكيّه لا يمكن ان تكون لغير المعيّن لا لأنّها من الصّفات اللّازم قيامها بالذّات و هذا فى الكلّى قبل تشخّصه فى الخارج لم يكن حاصلا بل و ان قلنا بكونها اعتباريّه من جهه صعوبه تصوير اعتبارها كذلك عند العرف غير بعيده و قد يتوهّم انّ الملكيّه عباره عن اعتبار العلقه الخاصّه الحاصله بين المالك و المملوك و كما يصحّ ان يكون المملوك كليّا و فى الذمّه فكذلك يصحّ ان يكون المالك كليّا و قد وقع ذلك فى الشّرع أيضا كالخمس و الزّكاه بعد التّعيين و قبل القبض و الوقف على العناوين العامّه كالمشتغلين بناء على انّه ملك للموقوف عليه مط و لكنّ التّأمّل يقتضى خلافه فانّ الصحّه اذا كان المملوك كليّا انّما هى باعتبار تشخّصه فى الخارج بعد ذلك فهو متموّل باعتبار ما يئول إليه و يصحّ تعلّق الملكيّه به و العنوان العامّ فى الوقف يكون مصرفا لا مالكا و لا محذور فى بقاء رقبه العين بلا مالك كما فى الزّكاه قبل تسليمها الى مستحقّها فتأمّل و الحاصل انّ المتيقّن من اخبار الباب هو كون منافع الأرضين للمسلمين و ربما يرشد إليه قوله (ع) موقوفه فى مرسله حمّاد الطّويله ثمّ انّ على كلّ من تقدير الملكيّه و الاختصاص فهل هى لهم على نحو الاستغراق الافرادى او على نحو الجنسيّه و النوعيّه الكلّيتين كما فى الخمس و الزّكاه ظاهر بعض الاخبار و معقد الاجماعات و ان اقتضت كونها لآحادهم الموجب لاختصاص صرف نمائها فى المصالح العامّه الّا انّ اخبار حليّه اخذ جوائز السّلطان الشّامله بإطلاقها لما كان المأخوذ من الخراج و المقاسمه من دون تقييد فيها بكونها من غيرهما بل بعضها صريح فى كون المأخوذ منهما تصرف تلك الادلّه عن ظاهرها و تكون قرينه لحملها على إراده النّوع و النّسبه الى جميع المسلمين أو لكافّتهم او قاطبتهم انّما تكون لافاده عدم الاختصاص ببعض منهم دون الاخر الّا ان يقال انّ النّصوص

الوارده فی بیان المصرف و کذا کلمات الاصحاب انّما تدلّ باختصاص منافعها بالمصالح العامّه و حلیّه أخذ الجوائز لا تصلح لان تکون قرنیه لصرفها عن مفادها فانّ الجوائز أیضا من المصالح العامّه لکونها تعدّ من مئونه الولاه القائمین بامور المسلمین فت و علی ایّ حال فتظهر الثّمره فی ارتفاعها فبناء علی الوجه الاوّل کان نمائها التّابع لها لآحادهم أیضا و حیث یتعذّر التّوزیع علی الکلّ تعیّن صرفه فی المصالح العامّه المستویه فیها آحادهم کمعونه الغزاه و مئونه الولاه و القضاه و مطلق ما یرجع الی تقویه الدّین و مصالح قاطبه المسلمین کبناء المساجد و القناطر و ان لم یتّفق لکلّ واحد منهم فعلیّه الانتفاع و بناء علی الوجه الثّانی جاز دفع نمائها للبعض الثّانی ما یفتح من الأراضی عنوه فی زمان الغیبه بالجهاد دفاعا اذا استلزم ذلک کان للمسلمین لأنّه من الاغتنام باذن الامام (ع) بالاذن العامّ فانّه لا اشکال فی وجوب الدّفاع ح و امّا الجهاد ابتداء من دون ان یکون عن دفاع ففی کونها للمسلمین او للامام وجهان من امکان دعوی العلم برضاه (ع) بشاهد الحال و قد مرّ فی المتن امکان الاکتفاء عن اذن الامام بالعلم بشاهد الحال و من لزوم الاذن منه (ع) و لم یعلم ذلک فی عصر الغیبه علی الجهاد ابتداء الثّالث هل یجوز التصرّف فی الأرض المفتوحه عنوه بالبیع و الشّراء و المعاوضه و الهبه و الوقف و الارث أم لا یجوز مط أم یفصّل بین جواز بیعها تبعا للآثار بناء علی انّها تملک تبعا لها فیدخل فی المبیع بالتبعیّه او الجزئیّه أم یفصّل بین زمانی الحضور و الغیبه اقوال استدلّ للقول الأوّل بالاخبار الدالّه علی جواز شراء تلک الأرضین منها دلاله الاستثناء فی ذیل صحیحه الحلبی انّه سئل أبو عبد اللّه (ع) عن ارض السّواد ما منزلته فقال هو لجمیع المسلمین لمن هو الیوم و لمن یدخل فی الاسلام بعد الیوم و لمن لم یخلق بعد فقلنا الشّراء من الدّهاقین قال لا یصلح الّا ان یشتری منهم علی ان یجعلها للمسلمین فان شاء ولیّ الامر ان یأخذها أخذها قلنا فان اخذها منه قال یردّ إلیه رأس ما له و له ما اکل منها و منها صحیحه محمّد بن مسلم قال سألته عن الشّراء من أرض الیهود و النّصاری فقال لیس به بأس و قد ظهر رسول اللّه (ص) علی اهل خیبر فخارجهم علی ان تترک الارض فی ایدیهم یعملونها و یعمرونها و ایّما قوم احیوا شیئا من الأرض او عملوه فهم احقّ بها و منها صحیحه محمّد بن مسلم قال سألته عن شراء ارضیهم فقال لا بأس ان تشتریها فتکون اذا کان ذلک فتؤدّی فیها کما یؤدّون فیها و منها روایه ابی بصیر قال سألت أبا عبد اللّه عن شراء الارضین من اهل الذمّه فقال لا بأس ان یشتری منهم اذا عملوها و احیوها فهی لهم و قد کان رسول اللّه حین ظهر علی خیبر و فیها خارجهم علی امر و ترک الأرض فی ایدیهم یعملونه و منها روایه محمّد بن شریح سألت أبا عبد اللّه (ع) عن شراء الأرض من أرض الخراج فکرهه و قال انّما أرض الخراج للمسلمین فقالوا له فانّه یشتریها الرّجل و علیه خراجها فقال لا بأس

الّا ان يستحيى من عيب ذلك و منها روايه محمّد بن مسلم عن ابى عبد اللّه (ع) قال سألته عن ذلك فقال لا بأس بشرائها فانّها ان كانت بمنزلتها فى ايديهم يؤدّى عنها كما تؤدّى عنها و منها روايه ابراهيم بن ابى زياد قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الشّراء من أرض الجزيه فقال اشترها فانّ لك من الحقّ ما هو اكثر من ذلك و منها خبر حريز عن ابى عبد اللّه (ع) قال سمعته يقول رفع الى امير المؤمنين رجل مسلم اشترى ارضا من اراضى الخراج فقال (ع) له ما لنا و عليه ما علينا مسلما كان او كافرا له ما لاهل اللّه و عليه ما عليهم و منها روايه اسماعيل بن الفضل الهاشمى عن رجل اشترى ارضا من اراضى الخراج فبنى بها او لم يبن غير انّ اناسا من اهل الذمّه نزلوها أ له ان يأخذ منهم اجره البيوت اذا أدّوا جزيه رءوسهم قال يشارطهم فما أخذ بعد الشّرط فهو حلال و منها صحيحه صفوان قال حدّثنى أبو برده قال قلت لابى عبد اللّه (ع) كيف ترى فى شراء ارض الخراج قال و من يبيع ذلك و هى أرض المسلمين؟ قال قلت يبيعها الّذى هى فى يده قال و يصنع بخراج المسلمين ما ذا؟ ثمّ قال لا بأس ان يشترى حقّه منها و يحوّل حقّ المسلمين عليه و لعلّه يكون اقوى عليها و املاء بخراجهم منه

و لا يخفى مضافا الى انّ الارض لو فرض خلوّها عن الآثار لا يملكها احد بالخصوص حتّى يمكن نقلها الى غيره انّ هذه الاخبار اكثرها فى أرض الجزيه فانّ من اقسام ارض الصّلح ما تسمّى بارض الجزيه و هى الّتى صولح اهلها على ان يكون الأرض لهم و عليهم كذا و كذا من المال او الثّلث او الرّبع او نحوهما من حاصل الأرض و هى على وجهين الاوّل ان يكون الجزيه على الرّءوس و ان كانت مقدّره بنصف الحاصل او ثلثه او نحوهما و لازمه انّهم لو باعوها من مسلم او كافر ان يكون الجزيه عليهم لا على المشترى الثّانى ان يكون الجزيه من باب حقّ فى الأرض بحيث لو باعوها كانت على المشترى فمن جمله ما فيه الخراج الارض المذكوره و لا اشكال فى انّ الأرض تكون لأربابها و يجوز بيعها و سائر تصرّفاتها و مع ذلك يكون فيها حقّ الخراج للمسلمين فيحتمل قريبا ان يكون الارض الّتى جاز بيعها من هذه الاراضى و ان سمّيت بالارض الخراجيّه لكون الخراج للمسلمين و لو سلّم فهى لا تدلّ على ملكيّتها مط حتّى مع خلوّها عن الآثار فيحتمل قريبا انّها عند الشّراء كانت مشغوله بالآثار الّتى يملكها البائع و لو سلّم ظهور بعضها و لو بالإطلاق فى الارض الخاليه عن الآثار فيحتمل ان يراد من الشّراء مجرّد الصّوره برفع اليد عنها و تفويضها الى الغير دون الشّراء الحقيقى و استدلّ للقول الثّانى بوجوه الاوّل انّه لا بيع الّا فى ملك و تلك الأراضى لا يملكها احد بالخصوص حتّى يصحّ بيعه الثّانى الاخبار النّاهيه عن شراء الاراضى الخراجيّه و هى كثيره الثّالث دعوى الاجماع على ذلك من جماعه فعن المحقّق الكركى فى قاطعه اللّجاج ما هذا نصّه قال الشّيخ فى ط و يه و كافّه الاصحاب لا يجوز بيع هذه الأرض و لا هبتها و لا وقفها ه

و استدلّ للقول الثّالث بانّه مقتضى الجمع بين الادلّه و فيه انّ الجمع لا بدّ له من شاهد و هو فى المقام مفقود و دعوى السيره على بيعها و شرائها سيّما الدّور و العقارات و وقفها مدارس و مساجد و غيرهما غير وافيه سيّما فى المزارع و نحوها بعد العلم بانّ الارض للمسلمين و لا يملكها احد بالخصوص فالحقّ الّذى لا محيص عنه هو عدم ثبوت ازيد من حقّ الاختصاص و اولويّه التصرّف فى الارض لمن له الآثار فيها فاذا باع من يملكها لحق المشترى ما كان للبائع فى نفس الارض من الاختصاص و اولويّه التصرّف و استدلّ للقول الرّابع بانّ فى زمان الحضور للامام و السّلطان العادل ان يملّك نفس الأرض اذا راه مصلحه بل قد عرفت فيما سبق انّ للجائر أيضا ذلك لعموم ادلّه التّنزيل

[فى البيع]

[فى المعاطاه]

اشاره

قوله (اعلم انّ المعاطات على ما فسّره جماعه)

اختلف الاصحاب فى تأثير اللّفظ فى البيع و لزومه و عدمه على اقوال الاوّل عدم اعتباره و عدم ثبوت تأثير له حتّى فى اللّزوم و هذا منسوب الى المفيد فى المقنعه كما ستعرفه الثّانى اعتبار مطلق اللّفظ الدالّ على التّراضى من دون تقييد فيه بان يكون بصيغه خاصّه و نسبه فى الحدائق الى جماعه و عليه فيختصّ المعاطات بما كان التّراضى بالفعل الثّالث اعتبار الصّيغه الخاصّه فى حصول الملك و النّقل الرّابع عدم اعتبار الصّيغه الخاصّه فى حصول الملكيه و اعتبارها فى لزوم البيع فالمعاطاه بناء على القولين يعمّ ما كان التّراضى بالفعل و ما كان بلفظ غير الصّيغه الخاصّه و لا بأس بذكر ما يبتنى عليه هذه الاقوال و ما هو بمنزله الاصل للاختلاف فى المسأله و هو انّ البيع لم يرد من الشّارع كلام فى بيان حقيقته و مفهومه و عليه فامّا ان يثبت له معنى عند العرف العامّ و اللّغه بحيث يتبادر منه عند الاطلاق أولا و على الأوّل فامّا ان نعلم بالدّليل اعتبار الشّارع فيه و فى ترتيب الأثر عليه امرا زائدا على ما هو السّبب عند العرف أولا و على الاوّل يقتصر على ما علم اعتباره شرعا و ما شكّ فى اعتباره كان المرجع هو اطلاق ادلّه البيع و نحوه اذ المفروض انّ الموضوع فى الاطلاقات هى المعاملات المؤثّره عند العرف و عليه يتّجه القول باعتبار مطلق اللّفظ من دون تقييد بصيغه خاصّه بدعوى انّ المتيقّن شرعا اعتبار وقوع البيع باللفظ الدّالّ على التّراضى و غير ذلك ممّا شكّ فى شرطيّته فالاصل العدم و على الثّانى فيكفى فى تحقّقه و ترتيب الآثار عليه شرعا ما صدق عليه البيع عرفا الّا ما نهى عنه الشّارع كبيع الحصاه و الملامسه و المنابذه و عليه يتّجه ما اختاره جماعه و نسبوه الى المقنعه أيضا و على الثّالث و هو عدم ثبوت معنى للبيع عند العرف و عدم بيان من الشّارع فى حقيقته و ما هو المؤثّر منه عنده لزم الاقتصار فى تحقّقه على ما هو المتيقّن منه و هو الواجد لجميع ما يحتمل اعتباره فيه و ذلك لاصاله عدم ترتّب الاحكام الشرعيّه الّا على ما كان كذلك و ما ذهب إليه المشهور من اعتبار الصّيغه الخاصّه و العربيّه و الماضويّه و تقديم الايجاب على القبول و الموالاه بينهما و غير ذلك يمكن ابتناؤه على هذا التّقدير و هو عدم ثبوت

معنی للبیع عنـد العرف و ابتناؤه علی التّقدیر الاوّل و هو ثبوت معنی للبیع عند العرف او اللّغه غیر انّ الشّارع اعتبر فی ترتیب الاثر علیه شـرطا فیه و تقریره بعد تسـلیم ما تقدّم من انّ اللّازم ح هو الاقتصار علی ما علم اعتباره شـرعا و ما شکّ فیه کان المرجع هو المطلقات بمفهومها العرفی و عموم احلّ اللّه البیع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ انّ دعوی کون المتیقّن شرعا هو اعتبار وقوع البیع باللّفظ الدالّ علی التّراضـی منظور فیه لاـنّ اعتبـار وقوع البیع باللّفـظ شـرعا انّمـا ثبت بالاجمـاع و من اتّفـاقهم علی عـدم کفایه الفعل فی لزوم المعاطـاه و هـذا الاجماع دلیل لبّی لا یسـتفاد منه کفایه مطلق اللّفظ و لیس من الاجماع القائم علی لفظ حتّی یؤخـذ بإطلاقه عند الشّک و کونه المتیقّن من الشّرط المعتبر ممنوع لانّ الشّرط الّذی احرز بالاجماع المذکور یکون مجملا و مردّدا بین المتباینین و لیس له متیقّن و هذا الاجمال یسری الی العامّ و یمنع من التمسّک به من هذه الحیثیه فالمتیقّن من الاطلاق و العموم هو ما اشتمل علی الصّیغه الخاصّه لا مطلق القول الدالّ علی التّراضی نعم لو شکّ فی اعتبار شرط اخر فی البیع غیر ما یرجع الی شروط الصّیغه کان المرجع العمومات و تفصیل الکلام فی هذه الاقوال یعلم بعد ذلک إن شاء اللّه

قوله (و یردّ الاوّل بامتناع خلوّ الدّافع عن قصد)

فانّ التّسـلیط الّذی هو اعمّ من الاباحه و التّملیک بمنزله الجنس لهما و یمتنع عقلا تحقّقه فی الخارج من غیر فصل و لا بدّ للدّافع من قصـد عنوان من العناوین الخاصّه و لذا ذکروا انّه لا یمکن إنشاء الطّلب فی الذّهن مجرّدا عن خصوصیّه الوجوب و النّدب اذ لا شـی ء من افراده الّا و هو متقوّم باحـدی الخصوصـیّتین و یمتنع تحقّقه بـدون واحد منهما و ان کان اسـتعمال صـیغه الطّلب فی القدر المشترک امرا جائزا و اذا تعلّق الغرض بافاده احدی الخصوصیّتین له ان یفیده بقرینه خارجیّه من لفظ او غیره

فان قلت انّ التّسـلیط المطلق فصـله امر عـدمیّ و هو عـدم فصـلی الاباحه المالکیّه و التّملیک او عدم قصد قطع اضافه الملک عن نفسه و التّسـلیط المقیّد بهذا الفصل العدمیّ نتیجته التّسـلیط الاباحیّ فالاباحه تاره یقصد بعنوانها و تاره یتحقّق بقصد التّسـلیط مع الفصل العدمیّ و مطلق التّسلیط قدر مشترک بین ما یکون فصله وجودیّا و هو الاباحه و التّملیک و ما یکون عدمیّا و یکون جنسا للثّلاثه فما یمتنع تحقّقه فی الخارج هو مطلق التّسلیط المجرّد عن جمیع القیود و امّا التّسلیط المطلق المقیّد بقید عدمیّ فیوجد فی الخـارج و یصـحّ انشائه و تحقّقه و کما ذکروا انّ عـدم امکان إنشاء مطلق الطّلب خالیا عن خصوصـیّه الوجوب و النّـدب انّما هو بالنّسـبه الی الملتفت الی التّرک لا مطلقا فانّ الغافل عن ملاحظه التّرک یمکنه الإراده المجرّده عن القیدین فانّه غافل حین ارادته الفعل عن حاله التّرک حتّی یرید المنع عنه او لا یریده فکذلک یمکن وقوع التّسلیط المطلق عند

الدّفع مع الغفله عن العناوين الخاصّه من الاباحه و التّمليک باقسامهما بحيث لا يکون شی ء منها ملتفتا إليه و هذا ظاهر بالوجدان الا سبيل الى انکاره و ان شئت قلت انّ مع الدّفع غفله امّا ان يتحقّق شی ء أو لا و الثّانی باطل لتحقّقه بالوجدان و على الاوّل فامّا ان يتحقّق الاباحه او التّمليک او لا يتحقّق شی ء منهما و الاوّل باطل لعدم قصد شی ء منهما فتعيّن الثّانی و هو المطلوب ای التّسليط المطلق و متى امکن وقوعه فی صوره الغفله امکن فی غيرها فانّ الدّليل العقلی لا يتخصّص و ادلّ دليل على امکان الشّی ء وقوعه

قلت امّا الطّلب الملحوظ فی الذّهن و کذا الطّلب المنشأ بالصّيغه فليس اختلاف افرادهما اختلافا بالنّوع توضيح ذلک انّ الايجاب و کذا النّدب معنى بسيط و انّما يکون اختلافهما فی المرتبه لانّهما من افراد طبيعه واحده و هی مطلق الطّلب الّا انّ الاوّل هو المرتبه القصوى منه فی الشدّه و هذه مرتبه لا يتطرّق عليها العدم و التّرک اصلا و الثّانيه هو المرتبه النّازله التّاليه لتلک المرتبه و يتطرّق عليها العدم بوجه و نحن لم نمثّل لهما بالوجود و صدقه تشکيکا على وجود المبدأ عزّ اسمه و على الممکن على اختلاف مراتبه بانّه تعالى فی الوجود فوق ما لا يتناهى بما لا يتناهى لانّ الوجود اشدّ بساطه من الماهيّات البسيطه القابله للتّشکيک بل معنى الوجود امر فوق ادراک العقل بل نمثّل لهما بالماهيّات البسيطه الّتی يکون ما به الاشتراک فيها عين ما به الامتياز و لا تکون مرکّبه من جنس و فصل و لا مادّه و صوره کالبياض و السّواد فکما انّ مراتب البياض من الشّديده و الضّعيفه و المتوسّطه مشترکه فی حقيقه واحده بسيطه فکذلک مراتب الطّلب و فی مقام تحديد المرتبه من الطّلب الّذی هو امر بسيط يعبّر عن الوجوب بطلب الفعل مع المنع من التّرک و عن النّدب بعدمه و ليس ذلک تحديدا للوجوب او النّدب بل هو تحديد للمرتبه و مقوّم لها بمعنى ما ليس بخارج عنها فالمنع من التّرک و عدمه ليسا من مقوّمات الوجوب و النّدب او المرتبه بمعنى الجزئيّه بل هما من خواصّ الوجوب و الندب و لوازمهما و لذلک يمنع دلاله الامر بالشّی ء على النّهی عن الضدّ بانّ النّهی عن التّرک ليس عين الوجوب و لا جزء منه و مع ما عرفت من انّ الوجوب و الندب معنى بسيط نقول انّه يمتنع إنشاء القدر المشترک اذ لا شی ء من افراد الطّلب الّا و هو متقوّم باحدى الخصوصيّتين و الضّروره قاضيه بتوقّف حصوله على تشخّصه و صيرورته فردا و المفروض انّه لا فرد منه الّا و هو متقوّم بإحداهما فيمتنع حصول القدر المشترک خاليا عنهما لضروره توقّف ما يتوقّف على شی ء اخر على ذلک الشّی ء و لکن هذا بالنّسبه الى الملتفت الى التّرک حين الطّلب فانّه يمتنع طلبه بدون الرّضا بالتّرک او عدمه و امّا الغافل فهو ينشأ طلبه مجرّدا عن القيدين لکنّه فی حاقّ القلب امّا راض بالتّرک او لا فلا يکون الطّلب أيضا خاليا عن القيد فانّ الفعل الاختياری لا بدّ و ان يکون منبعثا عن إراده فعليّه مسبّبه عن تصوّره و تصوّر ما يترتّب

علیه من المصلحه و المقدّمات الّتی یحتاج إلیها صدور الفعل الاختیاری یحتاج إلیه الامر و الطّلب فی مرحله صدوره عن الامر و الطّالب و نشاهد من انفسنا فی افعالنا الاختیاریّه الغفله فی ابتدائها او فی اثنائها عن وجوهها و مشخّصاتها و لیس ذلک الّا من جهه الجری علی ما هو محفوظ فی الخزانه و هذا هو السّر فی الاکتفاء فی نیّه العبادات بالاستدامه الحکمیّه و امّا جواز استعمال الصّیغه فی القدر المشترک فذلک لانّ الهیئه تدلّ علی النّسبه الایقاعیّه من دون ان یکون الهیئه مستعمله فی الطّلب او التّهدید او غیر ذلک من الدّواعی و لأجل هذا لا تصلح صیغه افعل لان تقع اخبارا لانّه ینافی الایقاع و هذا بخلاف صیغه الماضی و المضارع فانّهما یصلحان لکلّ من الانشاء و الاخبار نعم ان کان ایقاع النّسبه الّذی هو مدلول الصّیغه بداعی البعث وجد مصداق کلّی الطّلب عند استعمال الصّیغه و ایقاع النّسبه و قد ذکرنا فی بعض فوائدنا انّ الطّلب المنشأ بالصّیغه لیس من مقوله الإراده بل من مقوله الافعال فانّه لیس الّا تحریک المأمور بآلیّه هذه الصّیغه الی المأمور به و قد یتأکّد هذا التّحریک بحیث یفهم منه الحتم و الالزام فیکون وجوبا و قد یقام القرینه علی الاذن فی التّرک فیکون ندبا و قد یخلو عن کلا الامرین بحیث لیس الموجود بالصّیغه الّا مجرّد التّحریک من دون شی ء من الأمرین و توهّم انّ قوام القدر المشترک انّما هو باحدی الخصوصیّتین بحیث یمتنع تحقّقه فی الخارج بدونهما مدفوع بانّ کلّ کلّی یتحقّق فی الخارج بوجود فرده لا محاله و الممتنع وجوده من غیر فرد اصلا و افراد القدر المشترک فیما نحن فیه انّما هی الحصص الموجوده منه فی الخارج المتشخّصه بخصوصیّات الأمرین و المأمورین و الافعال المأمور بها فما لم یتشخّص بهذه التشخّصات یمتنع وجوده فی الخارج و امّا تشخّصه من حیث التأکّد او الضّعف فلیس من مقوّماته و یجوز انفکاکه عنه فی الخارج کان امر من غیر دلاله علی الحتم او الاذن فی التّرک و کیف کان فافراد هذا القدر المشترک لیست منحصره فی الوجوب و النّدب بل له فرد ثالث و هو العاری عن اعتبار الامرین بل اذا کان القدر المشترک تقوّمه بحصّه من الحصص المتشخّصه بخصوصیّات الامرین و المأمورین و الأفعال المأمور بها یکون الوجوب و النّدب اعنی قیدهما و هو الحتم و عدم الالزام من أحوال تلک الحصص لا من افراده فینعکس الامر فانّ وجود عوارض الشی ء یتوقّف علی وجود ذلک الشّی ء بحیث یمتنع تحقّق العارض بدونه و امّا المعروض فلا یتوقّف وجوده علی وجود العارض نعم لو کان العارض و المعروض متساویین فی الصّدق امتنع انفکاک المعروض عنه فی الخارج و هو غیر التوقّف و التقوّم به و نحن ندّعی انّ المعروض الّذی هو حصّه من حصص الطّلب و تشخّصه یکون بالخصوصیّات المذکوره هو اعمّ من العارض الّذی هو قید الوجوب و النّدب هذا و امّا التّسلیط فمضافا الی انّ التّسلیط المطلق لیس جنسا للتملیک و الاباحه حتّی یتفصّل تاره بامر وجودیّ و اخری بامر عدمیّ بل هو لازم

اعمّ للتّمليک و لانشاء التّرخيص فهو کما ذکره المصنّف يمتنع تحقّقه خاليا عن کيفيّه خاصّه من تلک العناوين لانّه لا يکون الّا منبعثا عن إراده فعليّه مسبّبه عن تصوّره و تصوّر ما يترتّب عليه من المصلحه المحرّکه للميل و الشّوق المحرّک لتلک الإراده المحرّکه للاعضاء على الدّفع و عمل التّسليط کما هو الشأن فى صدور جميع الافعال الاختياريّه و لا ينفکّ ذلک التصوّر عن تصوّر کيفيّه خاصّه من تلک العناوين المذکوره قولکم يمکن وقوع التّسليط المطلق عند الدّفع مع الغفله عن العناوين الخاصّه ان اردتم منه الغفله عن نفس الدّفع مع تحقّقه فهو ليس بتسليط و لا يکون الّا کدفع النّائم و ان اردتم الغفله عن قصدى الاباحه و التّمليک فذلک لا ينافى تحقّق القيد او الفصل فى موطنه و هو حاقّ القلب کسائر ما هو محفوظ فيه من المشخّصات الّتى دعت الى صدور الفعل فتدبّر

قوله (و الثّانى بما تقدّم فى تعريف البيع من انّ التّمليک الخ)

نقل فى الجواهر انّ من الوجوه المتصوّره بحسب قصد المتعاطيين قصد الملک المطلق و المعاوضه بالعينين من دون نظر الى خصوص عنوان البيع و اورد عليه المصنّف بمنع اعميّه ذلک اى الملک المطلق و تمليک العين بالعوض من مفهوم البيع حتّى يمکن تصوير ما يکون قسيما للبيع و يکون قصدهما التّمليک بغير النّقل البيعى من صور التعاطى و لا بأس بذکر امور حتّى يتّضح الوجه الرّابع و جواب المصنّف عنه الاوّل انّ الاقسام المتصوّره لأصل المعاطاه و هى اعطاء کلّ منهما الاخر ماله کثيره و لعلّنا نتعرّض لها عند تعرّض المصنّف لاقسامها و لکنّ الّذى يلزم بيانه اجمالا انّ المعاطات اذا کانت تمليکيّه لا بعنوان الاباحه يکون بحسب قصد المتعاطيين تاره على نحو المقابله بين التّمليکين فيقصد کلّ منهما تمليک الاخر ماله بإزاء تمليک ماله ايّاه فيکون تمليک بإزاء تمليک و سيجى ء البحث عنه فى التّنبيه الرّابع و تاره على نحو المقابله بين المالين بان يقصد کلّ منهما تمليک ما له بمال الاخر و هذا هو المقصود بالبحث عنه فى المقام الثّانى انّ المتيقّن من المبادله بين المالين بعنوان البيع هو ان يکون المبادله بتمحّض المعوّض و المبيع فى إنشاء التّمليک على وجه التّبديل و تمحّض العوض و الثّمن بکونه على وجه البدليّه فانشاء التّبديل من البائع انّما يکون على وجه الاصاله و هو المعطى أوّلا و المشترى هو التّالى و التّابع له فى قبول انشائه و ينشأ کلّ منهما امرين احدهما بالمطابقه و ثانيهما بالالتزام و من قصد تمليک ماله من غيره بعوض کان هو البائع و من قصد تملّک مال غيره بعوض کان هو المشترى و الموجب ينقل ماله الى ملک المشترى مطابقه و يتملّک مال المشترى عوضا عن ماله التزاما و القابل بعکس ذلک و المتيقّن من التّعاطى البيعى هو ما لو قصد المتعاطيان کذلک الثّالث انّ القسم الثّانى من المعامله التّمليکيه اى ما کان على نحو المقابله و المبادله بين المالين بان يقصد کلّ منهما تبديل ماله بمال الاخر يتصوّر على وجهين الاوّل ما عرفته من انّه المتيقّن من عنوان البيع الثّانى ان ينشئ کلّ من المتعاملين تمليک

ماله بإزاء مال الاخر و يكون قصدهما مجرّد المبادله و المعاوضه من غير ان يكون تمليكا بعوض على وجه يكون احدهما بايعا و الاخر مشتريا و لا يكون هناك تمليك اصلىّ من احدهما و ضمنىّ من الاخر كان يقول تبادلنا نظير التّفاسخ الحاصل من المتعاملين بقول كلّ منهما تفاسخنا و فى المعاطاه يعطى كلّ منهما ماله فى مقابل الاخر بل الغالب فى المعاطاه ذلك اذا كان كلّ من المالين من النّقود او العروض اذ لا يكون هناك ايجاب و قبول و لو فعليّا بل التّعاطى من كلّ منهما يكون على نحو الاستقلاليّه فى الانشاء الرّابع انّ الوجه الثّانى من القسم الثّانى اى ما كان المقصود به مجرّد المقابله بين المالين من دون قصد الى خصوص البيع بل الى مطلق التّمليك فظاهر المصنّف ره بل صريحه فيما مرّ فى ذيل تعريفه البيع على ما اختاره من انّه إنشاء تمليك عين بمال حيث قال و امّا الهبه المعوّضه الى ان قال فقد تحقّق ممّا ذكرنا انّ حقيقه تمليك العين بالعوض ليست الّا البيع الخ انّه من اقسام البيع و ليس قصد مطلق تمليك العين قسيما له فراجع و احتمل بعض بعد الاشاره الى ما اختاره المصنّف و الاشاره الى ما ذكره كاشف الغطاء ره تنزيله على الصلح او الهبه المعوّضه او انّه معاوضه مستقلّه و اختار جماعه فيه البطلان و استدلّوا بانّه لم يثبت شرعيّه مثل هذه المعامله لعدم دليل على ذلك فانّ الثّابت من العمومات و الادلّه انّما هى الاشاره الى العنوانات الخاصّه المعهوده و ظاهر الأصحاب انّه لا بدّ من قصد العنوان فى جميع اقسام المعاوضات ففى البيع لا بدّ من قصد البيع و فى الاجاره لا بدّ من قصدها و هكذا فلا يقع المعامله الّا بعد قصد نوع بخصوصه و هذا ان لم يقم عليه دليل بخصوصه كدعوى الاجماع او دعوى كونه المتبادر من العمومات فلا اقلّ من كونه المتيقّن ممّا ثبت فى الشّرع و فى غيره لا بدّ من الرّجوع الى اصاله الفساد و الصّواب الّذى لا محيص عنه انّه من البيع و انّ تمليك العين بعوض باىّ نحو كان ليس الّا بيعا هذا و لكن لا يخفى انّه يظهر من المصنّف بعد ذلك فى التّنبيه الثّالث نوع تامّل منه ثمّ لا فرق فيما عرفت بين ان تجعل البيع إنشاء تمليك عين بعوض و يكون لازمه التّبديل و المبادله كما عليه المصنّف ره و ان تجعله مبادله مال بمال او تبديل مال بمال و يكون لازمه ملكيّه المشترى كما عليه بعض الاساتذه ره الخامس لا اشكال فى انّ البيع بل كلّ عنوان من عناوين العقود و الايقاعات عنوان بسيط و ليس مركّبا من الجنس و الفصل و لكنّ التمليك بمنزله الجنس و لا يتعيّن الّا باحد القيود و العناوين و انّما يكون تعيّنه بعين ما به الاشتراك و التّمليك الواقع بعنوان البيع او القرض او الهبه او الاجاره فى كلّ منها بعين كونه بيعا او قرضا و لا يكون التّمليك جنسا و بيعيّته فصلا بل هو بيع بعين كونه تمليكا و لا يمكن إنشاء التّمليك المطلق خاليا عن جميع القيود السّادس يظهر لك ممّا تقدّم فى بيان حقيقه البيع انّ ما يتعارف من قصد المتعاطيين بناء على الملك و بناء على عدم خروج المعاطات عن المعاملات المعهوده اى عدم كونها معاوضه مستقلّه لا يخلو من انحاء ثلاثه فانّ الاعطاء امّا ان يكون

من الطّرفين او من طرف واحد و على الاوّل فامّا ان يكون اعطاء احدهما مترتّبا على اعطاء الاخر او يكون فى عرضه فان كان بين الطّرفين و كان طوليّا فهو بيع و ان كان فهو بيع و ان كان الاعطاء من الطّرفين و كان عرضيّا فلو تسالما على ان يكون تمليكا بإزاء تمليك فهو مصالحه او معامله مستقلّه و ليس بيعا لانّ البيع هو التّبديل بين المالين لا التّمليكين و لو قصد التّبديل بين المالين فهو بيع و ان كان الاعطاء من طرف واحد فهو هبه معوّضه و قد ظهر ممّا قدّمنا انّه ان اريد من الملك المطلق إنشاء القدر المشترك و قصد تحقّق التّمليك من دون احد القيود و المشخّصات فهذا غير ممكن و ان اريد منه التّمليك بالعوض و المبادله بين المالين من دون نظر الى خصوصيّه البيع فهو هو لا غير

فان قيل انّه اذا قصد المتعاطيان التّمليك بعوض و المبادله بين المالين مع القصد الى انّه لا يكون تمليكا بيعيّا فكيف يكون بيعا

قيل انّ المبادله المذكوره ان كانت بيعا فلا يكون قصد التّمليك بغير البيع قسيما للنّقل البيعى لتحقّقه به قهرا اذا لا ينفكّ قصد التّمليك بعوض عن قصده و ان لم تكن بيعا كانت معاوضه مستقلّه قهرا من غير مدخليّه للقصد فيها

فان قيل لو قلنا باعتبار لفظ مخصوص فى حقيقه البيع شرطا او شطرا لم يكن قصد التّمليك بمجرّده بيعا و الظّاهر انّ مختار المصنّف ره فى البيع ذلك

قيل انّ بناء عليه فقصد المبايعه فى المعاطات لا يكون قسما اخر مقابلا لقصد التّمليك المطلق مع انّ القائل قد تصوّر الصّوره الثّانيه أيضا اعنى التّمليك البيعى للمعاطات الخاليه عن اللّفظ فلا نسلّم أيضا تربيع الاقسام

قوله (و لا بدّ أوّلا من ملاحظه انّ النّزاع

لا اشكال فى عدم ترتّب أثر من الآثار على مجرّد النّيه من دون ضمّ شى ء اخر خلافا للمحكيّ عن الشّيخ فى النّذور و الصّدقات و كذا لا اشكال فى عدم اعتبار الرّضا القلبى و ان نسب الى بعض كفايته فى تحقّق البيع و كذا لا اعتبار بغير التّقابض و التّعاطى من الافعال الخارجيّه بلا خلاف كالمنابذه و الملامسه و المراماه بالحصاه و ان توهّم بعض انّه بيع فاسد و امّا المعاطات ففيه خلاف و يمكن ان يكون النّزاع فيها فى انّ التّعاطى مط بيع أم لا و يمكن ان يكون فى انّه يوجب إباحه التصرّفات مط حتّى فيما يستلزم الملكيّه كالوطى و النّقل أم لا و يمكن ان يكون فى انّه يوجب الملك من دون ان يكون معنونا بعنوان من البيع و الصّلح او غيرهما أم لا و يمكن ان يكون فى اللّزوم بمعنى انّه يفيد الملك و هل هو على وجه اللّزوم أم لا و الظّاهر انّ النّزاع المشهور هو الاوّل و هو كونه بيعا أم لا كما انّ الظّاهر كون محلّ النّزاع ما قصد به التّمليك و توهّم انّ النّزاع صغرويّ و كلّ من قال بالإباحه قال حيث يقصد الاباحه و كلّ من قال بأنّ المعاطاه بيع قال حيث يقصد البيع بعيد جدّا

قوله (و دلالته على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه)

و هى و ان كانت ظاهره و لكن لا بأس بالاشاره إليها فمنها قوله لا بدّ منها اى من الصّيغه و تفريعه على ذلك فلا يكفى التّعاطى و من الواضح انّ اللابديّه من الصيغه انّما هى

فيما قصد التّمليك و منها المثالان المذكوران فانّهما صريحان فى قصد التّمليك و منها انّ التمسّك باصاله بقاء الملك انّما يصحّ فيما قصد التّمليك و الّا فلا شكّ فى عدم حصوله و منها قوله و قصور الافعال عن الدّلاله على المقاصد فانّ من الواضح عدم قصورها عن الدّلاله على الاباحه فهو دليل على عدم دلاله التّعاطى على الملك

[فى نقل الأقوال فى المعاطاه]

قوله (اللّزوم مط كما هو ظاهر المفيد)

الانصاف عدم الظّهور فى كلامه و ان اوهم اطلاق عبارته ذلك فعن المقنعه و البيع ينعقد على تراضى بين الاثنين فيما يملكان التبايع له اذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالابدان ه و سيجى ء فى المتن انّه يحتمل قويّا ارادته من ذلك بيان الشّرائط لصحّه العقد و لزومه لا إراده تحقّق البيع بذلك من دون صيغه و يكون تركه لذكر الصّيغه اتّكالا على معلوميّه اعتبارها فيه كتركه على المحكى لاعتبار الصّيغه فى النّكاح و الطلاق أيضا مع اعتبارها فيهما من دون خلاف و لا اشكال

قوله (لكن فى عدّ هذا من الاقوال فى المعاطاه تامّل)

لانّ القول بكفايه مطلق اللّفظ فى اللّزوم كما قدّمنا نقله عن بعض ليس فى الحقيقه من القول فى حكم المعاطاه بل هو خلاف فى موضوعها

قوله (و لم يقتصر على ذلك حتّى نسبه الى الاصحاب)

و ممّا يقوّى تنزيل الاباحه فى كلامهم على الملك الغير اللّازم و نسبته إليهم مضافا الى ما سبق نقله عنه فى المتن هو التأمّل فى معنى الملكيّه و انّها ربط خاصّ بين المالك و المملوك موجب لسلطنته عليه او هى نفس السّلطنه عليه و يختلف هذا الرّبط شدّه و ضعفا و كما انّها تنقسم الى ملكيّه العين و ملكيّه المنفعه و ملكيّه الانتفاع و يعدّ الاخيران من مراتبها الضّعيفه مع انّها ليست فيهما الّا مجرّد الاباحه من جهه خاصّه فكذلك الاباحه المطلقه لجميع التصرّفات لا تكون الّا من مراتب الملكيّه توضيح ذلك انّ من المسلّم عندهم من دون اشكال انّ الملكيّه فى ايّ مرتبه لا يكون الّا سلطنه متعلّقه بالشّى ء غير انّها ان احاطت بجميع جهات العين عبّر عنها بملك الرّقبه و ان اختصّت بجهه من جهاتها فان كانت مع الاستقلاليّه فيها من تلك الجهه عبّر عنها بملك المنفعه و ان كانت لا مع الاستقلاليّه فيها عبّر عنها بملك الانتفاع و هذا قد تكون شرعيّه كحقّ المارّه و الصّلاه فى الاراضى المتّسعه فانّ التّعبير بملكيّه الانتفاع فيهما ليس الّا من جهه انّ الشّجره او الأرض مملوكه للمباح له من جهه الانتفاع الخاصّ بها و قد تكون مالكيّه كالعاريه و فيها أيضا تكون العين المستعاره مملوكه للمستعير من جهه المنفعه المباحه له و ان كانت مملوكه للمعير بالملكيّه القويّه التّامه المحيطه بجميع جهاتها و الملكيّه الّتى تكون محيطه بجميع جهات العين قد تكون ناقصه فى حدّ ذاتها كالملكيّه على وجه الشّركه على ما نسب الى بعض فانّ كلّ

شريک يملک تمام المال ملکيّه ناقصه منبسطه على تمامه و التّعبير باحد الکسور التّسعه إشاره الى تلک المرتبه النّاقصه بالنّسبه الى تمام المال و بالقسمه يتمّ النّقص من الجهه المذکوره اى من جهه المتعلّق و هو الکلّ و تکون القسمه افراز حقّ لا معاوضه و ملکيّه جديده و يصحّ اطلاق الملکيّه أيضا على السّلطنه المتعلّقه بالأفعال کالخيار المتعلّق بفسخ العقد فاذا صحّ اعتبار الملکيّه و اطلاقها على جميع هذه المراتب و ليست ملکيّه المنفعه او الانتفاع الّا مجرّد الاباحه فالاباحه المطلقه لجميع التصرّفات أيضا ليست الّا ملکيّه تجامع عدم اللّزوم و قد قصدها المتعاطيان و امضاها الشّارع و من ذلک قولهم (ع) ما هو لنا فقد ابحناه لشيعتنا و جاز لاجل ذلک جميع التصرّفات فى ذلک حتّى المتوقّفه على الملک بل الظّاهر عدم الخلاف فى ملکيّه الشّيعه بجعل اليد على ما اباحوه عليهم السّلام لهم و قد عبّر الاصحاب عن جواز انتفاع الزّوج بالزّوجه بملکيّه لبضعها مع انّها حرّه و لا معنى لمالکيّته لبضعها الّا ذلک

[القوى حصول الملک]

[الاستدلال بآيه أحل الله البيع]

قوله (و يدلّ عليه أيضا عموم قوله تع و احلّ اللّه البيع)

قد يناقش فى الاستدلال بعموم الآيه بانّ مع تسليم ثبوت معنى للبيع عند العرف و اللّغه و صدقه على المعاطاه اعتبر الشّارع قطعا فى هذا الموضوع العرفى مطلق اللّفظ او الألفاظ الخاصّه و لکن لم يعلم انّه اعتبر ذلک شرطا فى الملک او فى اللّزوم فالعامّ مخصّص بامر مجمل و هذا الاجمال يسرى الى العامّ و يمنع من التمسّک به من هذه الجهه و الجواب انّ فى دوران الامر بين التّخصيص و عدمه لا بدّ من التمسّک بالعامّ فى مورد الشّک و المقام من هذا القبيل لانّ الشّرط المذکور اذا کان معتبرا فى الملک کان تخصيصا و اذا کان معتبرا فى اللّزوم لم يکن تخصيصا فلا بأس بالتمسّک بالعامّ و الحکم بعدم اعتبار قيد فى صحّه البيع المذکور بل لمّا کان اصاله العموم من الاصول اللفظيّه و هى حجّه فى مثبتاتها کان اللّازم من التمسّک بعموم الآيه فى ثبوت الملک و صحّه المعاطاه کون الشّرط الثّابت بالدّليل اللبّى معتبرا فى اللّزوم و قد يناقش فيه بانّ الآيه لا عموم لها بالنّسبه الى حليّه افراد البيع فانّ دلاله المفرد المعرّف باللّام على العموم وضعا محلّ منع فانّ الجمهور لمّا رأوا انّه قد يطلق و يراد به نفس الماهيّه و الحقيقه من غير نظر الى مصاديقها و يسمّى بتعريف الجنس و قد يطلق و يراد به حصّه معيّنه من المصاديق الّتى ينطبق عليها الحقيقه و يسمّى بالعهد الخارجى و قد يطلق على حصّه غير معيّنه و يسمّى بالعهد الذّهنى و قد يطلق على کلّ الافراد و يسمّى بالعموم الاستغراقى ذهبوا الى انّ المفرد المعرّف فى الاطلاقات المذکوره يکون على نحو الاشتراک لفظا او معنى و المعروف عندهم انّ اللّام يکون موضوعه للتّعريف و للاشاره الى المدخول و مفيده للتّعيين فى غير العهد الذّهنى و على هذا فاللّام غير صالحه لافاده العموم لانّها عندهم موضوعه للاشاره الى ما عيّن فان کان المعيّن هو الاستغراق کان مشارا إليه بها و الّا فلا و استفاده الخصوصيّات المذکوره

عنـدهم لاـ بـدّ و ان يكون بالقرائن الّتى لا بـدّ منها لتعيينها و الّا فالمفرد المعرّف بنفسه لا يفيـد احـدها فليس موضوعا لخصوص العموم عنـدهم و ذهب المحقّق صاحب كفايه الاصول الى انّ مـدخول اللّام كغيره من اسـماء الاجناس موضوع لنفس المفهوم و صرف المعنى اى الطّبيعه المهمله اللّابشـرط المقسـمى و هو المستعمل فيه فى جميع الموارد و الدّلاله على واحد من المعانى انّما يكون بـدالّ اخر من حـال او مقـال فـانّ اللّام لو كانت موضوعه للتّعريف و الاشاره الى المعنى المتعيّن بنفسه من بين المعانى بان يكون مقصود المتكلّم هو افهـام المخـاطب المعنى المقيّـد بكونه مشارا إليه فى الـذّهن لزم ان لا يصـحّ حمل المعرّف باللّام على الاـفراد او الحمـل عليه بمـا هو معرّف فـانّه مع كونه معرّفـا و متعيّنـا فى الـذّهن غير قابـل لاـن يحمـل عليه ما هو من المحمولات الخارجيّه الّا بالتّجريـد فانّه بما هو كـذلك من الموجودات الـذهنيّه و ما لم يتّحد الموضوع مع المحمول خارجا لا يصحّ حمله او الحمل عليه مع انّا نرى فى القضايا المتعارفه صحّه الحمل فى المفرد المعرّف من دون التّجريد

نعم لو كانت اللّام للاشاره على المعنى على نحو الاشاره الّتى تكون فى اسماء الاشاره صحّ الحمل لانّها بألفاظها تشير الى المعنى الّذى يكون محمولاـ او موضوعـا فى القضايـا المتعـارفه و المتكلّم يعيّن بتلـك الاشـاره نفس المعنى و كـذا لو كـانت على نحو حكـايه اللّفظ عن المعنى حيث انّ المتكلّم يعيّن باللّفظ نفس المعنى الّذى يحمل على الافراد الخارجيّه فى القضايا المتعارفه فانّ فى هـاتين الاشـارتين تكـون الاحكـام مـترتّبه على نفس المعنى الّذى اشـير إليه او حكى عنه اللّفـظ و الفرق بينهمـا انّ فى بـاب الالفـاظ تكون المعـانى متعيّنه بهـا لكونها حاكيه عنها و مرآه لها على نحو يعـدّ اللّفظ نفس المعنى و لـذا ربما يترتّب على اللّفظ بعض مـا هو من خواصّ المعنى و بالعكس و فى باب اسـماء الاشاره تكون المعانى متعيّنه بالاشاره و من المعلوم عـدم افاده اللّام الاشـاره على احـد الوجهين فانّ المفروض وجود اللّفظ الحاكى للمعنى و هو اسم الجنس المـدخول لها فلم يبق الّا الاشاره باللّام الى المعنى المتعيّن او المعهود المراد من المـدخول و لا تكون لهـذه الاشاره الّتى اريد منها افهام المخاطب المعنى المقيّد بكونه مشـارا إليه فى ذهن المتكلّم فائـده فـانّ هـذا المعنى الّذى عيّن باللّام غير مترتّب عليه الاحكـام المـذكوره اذ لاـ موطن له الّا فى الذّهن و يمتنع الاتّحاد معه بما هو ملاك الحمل الّا بالتّجريد و لو سـلّم كون اللّام للاشاره فهى لا تفيد الّا الاشاره الى مدخولها و المـدخول لاـ يفيـد الّا المـاهيّه الملحوظه باعتبـار تعيّنها الجنسـى فمجموع اللّام و مـدخولها فى قولنا اكرم الإنسان او احلّ البيع لا يقتضـى الّا وجوب اكرام هـذه الطّبيعه المعيّن جنسـها المبهم مـدلولها القـابله للتّقييـد بقيود كـثيره و لـذا لاـ يكون تجوّزا لو قيّد المدخول بالوصف و قيل اكرم الإنسان العالم فانّ المدخول لم يستعمل الّا فيما وضع له و الخصوصيّه قد استفيدت من

دالّ اخر على انّ استفاده الخصوصيّات كما عرفت انّما تكون بالقرائن الّتى لا بدّ منها لتعيينها على كلّ حال و لو قيل بافاده اللّام الاشاره الى المعنى و مع الدّلاله عليه بتلك الخصوصيّات لا حاجه الى تلك الاشاره لو لم يكن مخلّه و قد عرفت اخلالها فالحقّ انّ تعريف المفرد المعرّف باللّام لفظىّ و الخصوصيّات المذكوره فى الاقسام انّما تستفاد من دوالّ آخر لا من نفس المدخول حتّى يكون من باب وحده الدالّ و تعدّد المدلول و يلزم الاشتراك او المجاز و اللّام للتّزيين كما فى الحسن و الحسين و دعوى وضع المفرد المعرّف للعموم و ان كانت بمكان من الامكان الّا انّ عهدتها على مدّعيها و انّى له باثبات ذلك و الحاصل انّ المفرد المعرّف باللّام بنفسه لا يفيد العموم نعم يمكن ان يفيد العموم بقرينه الحكمه او غيرها من قرنيه حاليّه او مقاليّه و لا قرينه فى الآيه تقتضى العموم امّا غير مقدّمات الحكمه فعدمه واضح و امّا هى فاجرائها موقوف على احراز كون المطلق فى مقام البيان و هو غير معلوم فى المقام بل الظّاهر انّ الآيه سيقت لمحض بيان مشروعيّه البيع و حليّته فى الجمله نحو قوله تعالى اقيموا الصّلاه فهى مهمله من هذه الجهه و الشكّ فى كون المطلق فى مقام البيان أم لا كاف فى عدم جواز التمسّك به و الجواب بعد تسليم منع كون المفرد المعرّف عامّيا اصوليّا و انّه لو دلّ على العموم فهو من الاطلاق الشّمولى بالغضّ عن ظهور المفرد المحلّى باللّام بنفسه فى العموم من جهه انصرافه إليه او من جهه وضع اخر للهيئه غير وضع مفرداتها او من جهه وضع اللّام فيه لعموم المدخول و لا يكون تجوّزا لو قيّد المدخول بالوصف كما فى مثال اكرم الإنسان العالم كما هو كذلك فى كلّ رجل فانّ لفظه كلّ وضع لافاده العموم لما يراد من مدخوله فلو قيّد مدخوله بقيود كثيره لم يكن منافيا لوضع هذه الكلمه و لا يوجب تفاوتا بين قولنا اكرم كلّ رجل و اكرم كلّ رجل عالم انّه لا مانع من التمسّك بالإطلاق فى الآيه و انّها تفيد حليّه جميع افراد البيع و هى ظاهره فى كونها فى مقام البيان بقرينه المقابله لحرمه الرّبا و لاجل الظهور المذكور استدلّ الاصحاب بعمومها فى مواضع عديده

قوله (بانّ الآيه دالّه عرفا بالمطابقه على صحّه البيع)

فانّ تعلّق الحلّ بنفس البيع الّذى هو فى معنى الحمل عليه ظاهر فى إراده الحكم الوضعى فتكون الصحّه مدلولا عليها بالمطابقه عرفا و يعّده مقابلته لحرمه الرّبا فانّ الظّاهر منها هو إراده الحرمه التكليفيّه و ان امكن إراده الوضع منها بان يقال انّ الرّبا بمعنى الزّياده فمتعلّق الحرمه هو المال الماخوذ على وجه الزّياده

قوله (و دعوى انّ البيع الفاسد عندهم)

لمّا كان التمسّك بكبرى الآيه الشّريفه و كذلك بالسّيره موقوفا على اثبات الصّغرى اراد دفع ما يتوهّم منه منع ذلك لانّ المعاطاه بيع لغه و عرفا و لا يكون للشّارع عرف خاصّ فى مفهوم البيع

[الاستدلال بحديث السلطنه و المناقشه فيه]

قوله (أمّا اذا قطعنا بانّ سلطنه خاصّه

لانّ العموم المستفاد من ظاهر الرّوايه بالظّهور الاطلاقى كما ذكره انّما هو بحسب انواع التصرّف و امّا بحسب الكيف فهى مهمله و ليست مسوقه لبيان الاسباب الموجبه لتحقّق ما للمالك سلطنه على ايجاده و دعوى

انّ السّلطنه على انواع التصرّف يلزمها السّلطنه على ايجاد السّبب بايّ نحو اراد و ترتيب الآثار عليه الّا فى السّبب الّذى منع عنه الشّارع خاليه عن التّحصيل لا يلتفت إليها

[المناقشه فى دلاله السيره]

قوله (فهو كسائر سيراتهم النّاشئه عن المسامحه)

الانصاف انّ السّيره فى المقام سيره قطعيّه جاريه بين العوام و الخواصّ خلفا عن سلف مع بنائهم على حلّيه المعامله بالمعاطاه بقصد التّمليك و التملّك و صحّتها و ليست منبعثه عن عدم المبالات و لم يردع الشّارع عنه فيكشف عن تقريره و رضاه

لا يقال انّ هذا الدّليل يتمّ بمقدّمتين الاولى ثبوت السّيره و الثّانيه احراز عدم ردع الشّارع عمّا هى عليه فانّ اعتبارها انّما هو من حيث كشفها عن تقرير الشّارع و امضائه و ذلك غير معلوم

فانّه يقال لو ردع الشّارع عنها لاشتهر و بان لتوفّر الدّواعى على نقله و حيث لم ينقل و لم يشتهر فلا ردع و يكشف ذلك عن تقريره

لا يقال الشّرط فى حجّيه السّيره هو احراز عدم الرّدع مع تمكّن الشّارع منه و هو غير معلوم و ذلك لاحتمال وجود مانع لم يتمكّن لاجله منه و احراز عدمه بالاصل غير مجد لانّ حجّيه السّيره انّما هى من حيث القطع بالكشف

فانّه يقال انّ مع الشكّ فى التمكّن من الردع لا مانع من اصاله عدمه كما يجرى فيما لو شكّ فى وجود المانع دون اصل المقتضى و هو من الاصول العقلائيّه و لا ينافى قطعيّه الكشف عن الامضاء و الّا لم يبق مورد للتمسّك بالسّيره مضافا الى انّ المدار فى حجّيتها هو عدم وصول الرّدع و لو كان لها الف رادع فى الواقع و لهذا لا يصحّ من الشّارع المؤاخذه ممّن عمل على طبق ما عليه المسلمون من حيث تديّنهم لا من حيث عدم مبالاتهم فى الدّين مع اعترافه بعدم وصول الرّدع إليه فالسّيره بنفسها مع عدم وصول الرّادع حجّه ناهضه من الحجج اللبيّه و لا يعتنى بالاحتمال المذكور كما لا يعتنى باحتمال كون السّكوت عن الرّدع لمصلحه اقتضت اخفاء الحكم الالهى و تاخير بيانه

لا يقال ما دلّ على توقّف بعض التصرّفات على الملك كالبيع و العتق و الوقف و الوطى يكون كافيا فى الرّدع

فانّه يقال أوّلا انّ تلك الادلّه مسوقه لافاده الشرطيّه و السّيره المفيده للملك محقّقه للشّرط المذكور و ثانيا انّ الرّدع بها لا يكون الّا على وجه دائر لانّه يتوقّف على عدم حجّيه السّيره المفيده للملك و حلّيه التصرّف و هو يتوقّف على الرّدع الحاصل بها و ثالثا انّ الرّدع المعتبر عدمه فى كشف العمل عن الامضاء ان كان وجوبه من باب النّهى عن المنكر فاللّازم هو الرّدع عن خصوص العمل بما عليه السّيره و لا تصلح العمومات لذلك و ان كان من باب الارشاد فالعمومات و ان كانت كافيه للارشاد و المنع عن العمل الّذى لم يرتضه الشّارع الّا انّ صلاحيّه العمومات المذكوره للارشاد الى المنع عمّا عليه السّيره من افاده البيع على وجه

المعاطاه الملكيّه و إباحه التصرّفات الموقوفه عليها ممنوعه لوضوح عدم القطع ببطلان المعاطاه و عدم افاده الملكيّه و كما يحتمل عدم تحقّق الملك بالمعاطاه يحتمل تحقّقه بذلك فقوله لا وطی الّا فی ملك مثلا

كما يمكن ان يكون ردعا عن المعاطاه يمكن ان لا يكون كـذلك لتحقّق شـرط الوطى و هو الملك و مع قيام الاحتمالين كيف يمكن ان يقال انّ تلك الادلّه و العمومات كافيه فى الرّدع فافهم

[الأولى فى الاستدلال على المختار]

قوله (و الدّيون و النّفقات و حقّ المقاسمه)

الظّـاهر انّ غرضه انّ تعلّق حقّ الـديّان بالمـأخوذ بالمعاطاه و وجوب الانفاق منه على من يجب الانفاق عليه كيف يصـحّ مع عـدم الملكيّه فلا تغفل

قوله (و لا رجوع الى قيمه المثل حتّى يكون له الرّجوع)

فانّ القاعـده انّ العين المضـمونه بالمسـمّى اذا لم يسـلم ضـمانها به كانت مضـمونه ببـدلها الواقعى من المثل او القيمه و مقتضـى ذلـك بنـاء على الاباحه المجرّده ان يكون تلف احـدى العينين موجبا لجواز رجوع مالك العين الموجوده إليها و الغرامه لصاحبه بدل التّالف من المثل او القيمه كما فى المقبوض بالعقد الفاسد لا سببا لدخول المسمّى فى ملك من فى يده

قوله (نعم اذا دلّ الدّليل على ترتّب اثر عليه)

لمّـا كـان مخالفه القول بافاده الاباحه لقاعـده تبعيّه العقود للقصود تنحلّ الى امرين الاوّل عـدم وقوع المقصود و الثّانى وقوع غير المقصود و أجـاب عن الاوّل اراد الجواب عن الثّانى بانّ وقوع غير المقصود ليس مسـبّبا عن تلك المعامله الفعليّه كى يخالف ما وقع من الاباحه لما قصد من التّمليك بل السّـبب لمّا لم يدلّ دليل على صحّته و لم يحكم بترتّب الاثر المقصود عليه لزم الرّجوع الى حكم الاصل و لو فرض ثبوت دليل على ترتّب اثر عليه حكم به و ان لم يكن مقصودا فانّ وقوع السّبب غير مؤثّر لا يمنع عن ثبوت اثر آخر بـدليل خـاصّ و دعوى القائـل بالإبـاحه انّ التّمليـک الفعلى لاـ يؤثّر فى النّقل الّا انّه ثبت بالـدّليل الخاصّ حصول الاباحه و هو السّيره الممنوعه بما تقدّم من قيامها على الملكيّه مضافا الى الاذن الضّمنى الموجود فى المعاطاه

قوله بانّه لم يذكر هذا الوجه الّا بعضهم)

فيه انّ الظّـاهر كون دليـل الضّـمان بالمثـل او القيمه ليس الّا اليـد و تعليلهم باقـدامهما على الضّـمان ليس من اجل خصوصـيّه فى الاقـدام لوضوح انّهمـا لم يقـدما على ضـمان القيمه بل انّما هو لاجل دفع توهّم عـدم الضّـمان بكون اليـد مقرونا باذن المالک و تسـليطه بانّ الاذن و التّسـليط لم يكن مجّانيا فثبوت ضـمان التّالف بالمثل او القيمه فى المقبوض بالعقد الفاسد ليس نقضا لعموم القاعده و انّما هو لليد عند بطلان المسمّى و بقيّه النّقوض ستعرف سلامه القاعده عنها أيضا

قوله (فهو استبعاد محض و دفعها بمخالفتها للسّيره)

الظّاهر انّ المراد من العباره انّ القائل بالإباحه يلتزم بعـدم تعلّق المـذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه و عدم تعلّقها مع كون المتعاطيين قاصدين للتّمليک لا ضير فيه الّا مجرّد الاستبعاد و دعوى انّ عدم التعلّق مخالف للسّيره يلزمها التزام القائل بالإباحه بالتعلّق لوجود الدّليل و هو السّيره و الحاصل انّه اذا ثبت كون السّيره على تعلّق المذكورات بالمعاطاه يلتزم به القائل بالإباحه لوجود الدّليل و ان لم يثبت يلتزم بعدم التعلّق فهو على ایّ تقدير يلتزم بما اقتضاه

الدّليل و ان اعترضت بانّ مجرّد كون السّيره دليلا لا يكفى فى دفع الاشكال اذ ليس الكلام فى وجود الدّليل و عدمه بل الغرض انّ بعد وجود السّيره يلزم ما ذكر من اجراء حكم الملك على ما ليس بملك يقال انّ اللّازم هو متابعه الدّليل و اذا اقتضى فى مورد خاصّ غير ملك اجراء بعض احكام الملك فأىّ اشكال يكون واردا و هذا نظير الجواب عن الاشكال بوقوع غير المقصود بانّ الاباحه و ان لم تكن مقصوده لكن الدّليل و هو السّيره قام على ذلک كما عرفت من المتن حيث قال نعم اذا دلّ الدّليل على ترتّب اثر عليه حكم به و ان لم يكن مقصودا ه و يحتمل عندى قويّا ان يكون معنى العباره هكذا و دفع عدم التعلّق بمخالفتها للسّيره حيث انّها قائمه على التعلّق رجوع الى السّيره و قد تقدّم حالها فى ادلّه القائلين بالملک و انّ دعوى قيام السّيره المستمرّه على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک فى التصرّف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الايصاء و توريثه و غير ذلک من آثار الملک فهى كسائر سيراتهم النّاشئه عن المسامحه و قلّه المبالاه فى الدّين

[هل المعاطاه لازمه أم جائزه]

قوله (و الحاصل انّ الحكم باللّزوم فى مطلق الملک و فى خصوص)

قد عرفت انّ غايه ما يمكن ان يكون دليلا للحكم باللّزوم فى مطلق الملک هو احد امرين امّا ثبوت الوحده فى حقيقه الملک و امّا جريان الاستصحاب فى الكلّى بناء على عدمها امّا الاوّل فيمكن منعه بوجوه منها انّ الانصاف كون الملک اللّازم و الجائز عند العرف حقيقتين مختلفتين و منها انّ حقيقه السّبب المملّک مختلفه سواء كان فى البيع و الهبه مثلا او فى البيع اللّازم و الجائز كما اعترف به فى المتن و ذلک موجب لاختلاف حقيقه المسبّب الّا اذا كان بين السّببين جامع لاستحاله ان يكون حقيقه واحده مسبّبه عن حقيقتين مختلفتين فانّ الواحد لا يصدر الّا عن الواحد و قد اشرنا الى ذلک فى انكار ما ذكره ره من انّ انقسام الملک الى المتزلزل و المستقرّ انّما هو باعتبار حكم الشّارع بانّ اختلاف الاسباب اذا لم يوجب اختلافا فى المسبّبات فإيجابه الاختلاف فى الاحكام ممنوع و وجود الجامع بين السّببين بحيث يكون هو المؤثّر حقيقه و ان كان ممكنا الّا انّه لا بدّ من احرازه حتّى يحكم بوحده المسبّب كما قد يحرز ذلک من العلم خارجا باتّحاد حقيقه المسبّب و لا فرق فيما ذكرنا من اختلاف حقيقه الاسباب و كذا المسبّبات فى الملكيّه بين ان يكون اللّزوم و الجواز من المشخّصات النوعيّه للملک بحيث يكون اختلافه نوعا بنفس اللّزوم و الجواز او يكونان من احكام احدهما فانّ الاختلاف فى الحكم كاشف عن اختلاف الموضوع هذا كلّه مضافا الى ما عرفت من انّا نرى الملكيّه من الامور الاعتباريّه الّتى لها مراتب بحسب الشدّه و الضّعف و امّا الثّانى فيمكن منعه بانّ استصحاب كلّى الملک لاثبات جواز تصرّف من انتقل إليه فانّه من آثار الاعمّ من اللّازم و الجائز و ان كان صحيحا الّا انّ استصحاب بقاء علقه المالک الاوّل حاكم عليه لانّ الشکّ فى بقاء الملكيّه لمن انتقل إليه و جواز تصرّفه بعد الرّجوع مسبّب عن الشکّ فى بقاء علقه المالک الاوّل و سلطنته و ذلک لوضوح انّ السّبب المملّک يكون تاره مؤثّرا على نحو اللّزوم و يكون موجبا لقطع سلطنه المالک الاوّل و

و اخرى يكون مؤثّرا على نحو الجواز و مع الشكّ فالمرجع هو اصاله بقاء العلقه للمالك الاوّل و قد اعترض بعض الاساتيد على الاصل السببى المذكور بانّ علقه المالك الاوّل قد انقطع يقينا و الاضافه الّتى كانت بينه و بين الملك ارتفعت بنقله الى غيره و لم يكن هناك اضافه اخرى يستصحب فالشكّ فى حدوث علاقه اخرى له غير العلقه المالكيّه لا فى بقائها و هو فى غير محلّه فانّ كون السّبب مختلفا فى التّأثير و كون اللّزوم و الجواز من احكامه و آثاره ليس الّا من حيث الاختلاف فى قطع الاضافه بالكليّه و عدمه و لا اشكال فى انّ جواز الرّجوع من الاحكام لأنّه من آثار الاضافه و السّلطنه السّابقه و ليس من الحقوق و من باب احداث سلطنه جديده و من هنا يظهر انّ ما ذكره قدّس سرّه من الادلّه اللفظيّه على اللّزوم محلّ منع

[تنبيهات المعاطاه]

[أنّ المعاطاه قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع]

قوله (امكن خلوّ المعاطاه من الاعطاء)

و هل يعتبر فى المعاطاه حدوث القبض و ان اكتفينا باستدامته فيما يعتبر فيه القبض كالرّهن و غيره او يكفى فيها استدامته فلو كان مال كلّ منهما عند صاحبه امانه و وقعت المعامله بينهما بالمعاطاه عليهما يتوقّف تحقّق موضوع المعاطاه على الردّ و حدوث الاعطاء من الجانبين او من احدهما بناء على كفايه الاعطاء من جانب واحد أم لا امكن بناء المسأله على القول ببقاء الاكوان و عدم احتياج الباقى الى المؤثّر و القول بعدم بقائها و لكنّ الظّاهر هو الاوّل و ان قلنا بعدم بقائها و احتياج الباقى الى المؤثّر لظهور انّ المناط هو تحقّق التّعاطى عرفا

[فى تميّز البائع من المشترى فى المعاطاه الفعليّه]

قوله (ففى كونه بيعا و شراء بالنّسبه الى كلّ منهما)

لا يخفى انّ البيع المشتمل على الايجاب و القبول يمتنع فيه ان يكون الموجب قابلا و القابل موجبا و لا ينافى ذلك صدق البائع و المشترى على كليهما باعتبار بعض المعانى المنقوله فانّ الصّدق كذلك اجنبىّ عمّا هو محلّ الكلام و كيف يمكن ذلك مع انّ الموجب من يقصد تمليك ماله بعوض و القابل من يقصد تملّك ذلك المال بعوض و اذا وقع الايجاب كذلك امتنع ان يكون الموجب قابلا فى تلك المعامله و قد عرفت فى أوّل المعاطات انّه لو قصد المتعاطيان الملك المطلق فهو عند المصنّف بيع لا غير و عليه فالمفروض فى المقام بيع من دون تعيين لكون احد المتعاطيين بايعا و الاخر مشتريا و امّا بناء على انّ البيع هو المبادله بانشاء تمليك المبيع على وجه التّبديل و تمحّضه لذلك و تمحّض العوض بكونه على وجه البدليّه فلا يصحّ فيه هذا الوجه و قد مرّ انّ جماعه اختار البطلان من دون ان يكون معاطات مصالحه او معاوضه مستقلّه فراجع و الحقّ انّ المفروض بيع من دون تعنون احد المتبادلين بكون بايعا و الاخر بكونه مشتريا و لا يترتّب عليهما الاحكام و الآثار الخاصّه للبائع و المشترى لانصراف ادلّتها الى من اختصّ بصفه البيع او الشّراء

[فى أنّ أصل المعاطاه يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه]

قوله (يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه)

لا- يخفى انّ الصّور كثيره و جملتها بحسب الاجمال هى انّه امّا ان يكون المعاطاه بقصد التّمليك او الاباحه بالتصرّف من الجانبين و كلّ منهما امّا ان يكون على نحو المقابله بين

المـالين بتمليـک المعـوّض بتملّـک العـوض على ان يكون المقابـل لتمليـک المعوّض هو ملكيّه العوض او اباحه التصرّف فى المعوّض بالإباحه على ان يكون المقابله بين المباحين و امّا ان يكون على نحو المقابله بين الفعلين بتمليک المعوّض المقابل بتمليک العوض على ان يكون تمليكا بإزاء تمليک او الاباحه المقابله بالإباحه بالمعنى الفعلى و امّا ان يكون على نحو المقابله بين المال و الفعل بتمليک العين على ان يكون المقابله بين المال و فعل التّمليک او العكس و مثله الكلام فى الاباحه و امّا ان يكون المعاطات مع اختلاف القصد من الجانبين كالاباحه بالتّمليک او العكس و هذا أيضا يتصوّر فيه الاقسام المذكوره ثمّ مع كون العوض فى الطّرف الاخر فعلا سواء كان إباحه او تمليكا قد يكون ذلک بعنوان العوضيّه و المقابله و قد يكون بعنوان الاشتراط ثمّ انّ صور الاباحه ينقسم الى قسمين لانّ متعلّقها امّا مطلق التصرّفات حتّى المتوقّفه على الملک او التصرّف الغير المتوقّف عليه كما هو احد الاقوال فى المعاطاه ثمّ بناء على امكان تحقّق التّسليط المطلق و اعميّه مطلق التّمليک من البيع تجرى الصّور المذكوره فى هذين القسمين أيضا و لا يخفى انّ ذلک كلّه مجرّد تصوير عقلىّ و ما هو المتعارف من قصد المتعاطيين و يصحّ البحث عنه هو الاربعه السّابقه و محلّ النّزاع هو ما قصد المتعاطيان الملک مع قصد عنوان البيع و المختار فيه هو افاده الملكيّه جواز او المشهور هو افاده الاباحه

قوله (و ربما يستعمل فى المعامله الحاصله بالفعل)

إشاره الى ما ذكره سابقا من انّه ربما يدّعى انعقاد المعاطات بمجرّد ايصال الثّمن و اخذ المثمن كاخذ الماء مع غيبه السّقاء

قوله (امّا إباحه جميع التصرّفات حتّى المتوقّفه على الملک)

اعلم انّ الثّمره فى قصد الملک او الاباحه فى المعاطاه تظهر فى امور و سيتعرّض المصنّف قدّس سرّه لجمله منها و نحن نذكر فى المقام جمله اخرى و نتعرّض لما يقتضيه القاعده فيها

فمنها نماء العين الّذى سبق فى المتن الاشاره إليه و لا يخفى انّه امّا ان يكون منفصلا عن العين او متّصلا بها و على تقدير الانفصال فامّا ان يكون تالفا حقيقه او حكما أم لا ثمّ البحث عن هذه الفروض تاره يكون مع عدم رجوع المالک بالعين و اخرى مع الرّجوع كذلک و ينبغى التّنبيه على حكمه على هذه التّقادير فى صورتى قصد التّمليک فى المعاطاه و القول بافادتها الملک او الاباحه المجرّده و صوره قصد الاباحه فامّا النّماءات المنفصله فان فرض وجودها فبناء على افاده المعاطات ملكيّه العين كان النّماء ملكا للآخذ لوضوح تبعيّته لها و الظّاهر انّ المالک لو رجع بالعين ليس له الرّجوع بنمائها فانّ جواز الرّجوع فى العين كان ثابتا بالاجماع او باصاله عدم اللّزوم و امّا النّماء فعلى تقدير القول باصاله اللّزوم فى الملک فواضح و انّما خرج عنها فى العين بدعوى الاجماع و هو مفقود فى المقام و على تقدير القول باصاله الجواز فقد سبق انّ ذلک

من جهه حكومه اصاله بقاء علقه المالك الاوّل على اصاله بقاء الملك للثّانى و النّماء قد حدث فى ملك الثّانى و لم يكن مسبوقا بملكيّه المالك الاوّل له حتّى يستصحب بقاء علقته

فان قلت انّ ملكيّه النّماء منبعثه عن ملكيّه العين فيكون تابعا لها فى اللّزوم و الجواز

قلت مجرّد التّسبيب فى الملكيّه لا يكون مفيدا لتبعيّه المسبّب للسّبب و اتّحادهما فى كيفيّتها بعد ما كان مقتضى الدّليل ثبوتها على نحو التّزلزل فى احدهما و اللّزوم فى الاخر خصوصا بناء على ما عرفت فيما مرّ من انّا نرى الملكيّه من الامور الاعتباريّه ذات حقيقه واحده و لها مراتب بحسب الشدّه و الضّعف نعم بناء على انّ الملك المتزلزل و المستقرّ حقيقتان مختلفتان كان لهذا الاشكال وجه بدعوى استحاله تولّد ماهيّه من ماهيّه تخالفها و لكنّها خاليه عن التّحصيل لما نرى من اشتراك الحركه و الشّمس و النّار فى السّخونه مضافا الى النّقض بنماء المبيع الخيارى فانّ ملكيّته على نحو اللّزوم بخلاف اصله و دعوى انّ التّزلزل فى المبيع الخيارى ليس ناشيا من سببيّه البيع بل انّما هو بسبب امر خارج كالشّرط او العيب و هذا بخلاف سببيّه المعاطاه فانّها بنفسها تقتضى الجواز كما ترى و بناء على افادتها الاباحه فان كانت مالكيّه كان النّماء ملكا لمالك العين و يباح للآخذ التصرّف فيه للاذن الضّمنى و لشاهد الحال و ان كانت شرعيّه فالمتيقّن من ادلّه القائلين بها هو إباحه العين لا نمائها فالنّماء لا يكون ملكا للآخذ و لا يجوز له التصرّف فيه الّا ان يدّعى قيام السّيره القطعيّه على كونه كاصله يكون مباح التصرّف له و ان فرض كونها تالفه فليس للمعطى الرّجوع ببدل التّالف على الأخذ الّا اذا كانت الاباحه شرعيّه و امّا بدل المنافع المستوفاه فعدم الرّجوع به مط ظاهر و امّا النّماءات المتّصله فهى تابعه للاصل فى الملكيّه المتزلزله او الاباحه المجرّده و كذلك فى جواز الرّجوع و يحتمل الفرق فى المتّصله فى جواز الرّجوع بين ما يصدق عليه انّه جزء من العين كالسّمن و الشّعر و الصّوف فيجوز و ما لا يصدق عليه الّا كونه نماء العين كالثّمره على الشّجره فلا يجوز بناء على ما قدّمناه من ثبوت الملكيّه المتزلزله فى الأصل و اللّازمه فى النّماء

و منها ما هو مذكور فى المقام من التصرّفات الموقوفه على الملك كالبيع و وطى الأمه و العتق و مقتضى القاعده فى الاوّل هو الصحّه على القول بالملكيّه و يقع باطلا او للمالك امّا لازما بناء على انّ قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثّر او موقوفا على الاجازه بناء على انّ المالك لم ينو تملّك الثّمن على القول بالإباحه و الأقوى هو الأخير

فان قلت مقتضى قولهم ما صحّ بالاجازه صحّ بالاذن لانّه لو اثّر الاجازه اللّاحقه يؤثّر الاذن السّابق بطريق اولى هو وقوعه للمالك لازما لتحقّق الاذن الضمنى او بشاهد الحال لوقوع التّسليط منه عليه و هو و ان كان بقصد التّمليك الّا انّ الملكيّه منتفيه بعدم الامضاء فيبقى الاذن المطلق فانّ انتفاء القيد و هو قصد التّمليك لا يوجب انتفاء المقيّد و هو كاف فى الصحّه و يخرج البيع عن كونه فضوليّا لسبقه بالاذن هذا بناء على الاباحه الشرعيّه و امّا بناء على الاباحه

المالكيّه فتحقّق الاذن ظاهر

قلت لم يقع فى السّابق حال المعاطاه الّا إنشاء واحدا و هو التّمليك و هذا المقدار لا يوجب بقاء الاذن الحاصل فى ضمن التّمليك بعد فرض انتفاء التّمليك و الاذن الحاصل من شاهد الحال لا يترتّب عليه أثر المعاطاه و مرجع قولكم الى انّه لا يشترط فى البيع و اللّزوم إنشاء التّمليك بالقول او الفعل بل يكفى وصول كلّ من العوضين الى مالك الاخر و كفايه الرّضا الشّأنى لانّ ما كان موجودا بالفعل من الاذن و الرّضا قد ارتفع بانتفاء القيد و كذا لو كان الواقع هو الاباحه المالكيّه فانّ الاذن الفعلى فيها مقيّد ببيع الأخذ لنفسه و يستحيل تفكيك هذا الاذن عن قيده و قد اوضحنا فيما سبق استحاله بقاء الجنس و القدر المشترك بعد انتفاء الخصوصيّه و القيد بل التّحقيق انّ الرّضا امر بسيط و ليس من الجنس المتقوّم بفصول مختلفه و مع الغضّ عن هذا فقولهم انّ ما صحّ بالاجازه صحّ بالاذن انّما هو فيما كان موردهما واحدا و فى المقام ليس كذلك فانّ الاذن الواقع كان متعلّقا ببيع الأخذ لنفسه لا لمالكه

فان قلت كيف يصحّ وقوع البيع عن المالك مع الاجازه و المفروض وقوعه من البائع لنفسه فالواقع لم يصحّ و الصّحيح لم يقع

قلت ستعرف فى بيع الغاصب لنفسه و وقوعه للمالك مع الاجازه انّه لا يعتبر فى صحّه البيع قصد من له البيع ثمّ لا يخفى انّ بناء على وقوع البيع للمالك لازما يقوم ثمنه المملوك له مقام المثمن فى جواز التصرّف فيه مط فللآخذ التصرّف فيه و لو ببيعه أيضا و يقوم ثمنه كذلك مقامه و هكذا مع كون الابدال للمالك ثمّ انّ الوجوه الثّلاثه انّما هى لو لم يكن اجماع على صحّه البيع و وقوعه للبائع و الّا فلا بدّ من الالتزام بدخول المبيع انا ما فى ملك البائع للجمع بين الادلّه فتنعدم الثّمره ح حكما لا موضوعا و مقتضاها فى الثّانى هو الجواز على الملكيّه و عدمه على الاباحه بناء على القول باعتبار الصّيغه فى التّحليل الّا ان يكون هناك اجماع على الحليّه فلا بدّ أيضا من الالتزام بالدّخول فى الملك آنا ما كلّ ذلك من حيث قيام الدّليل القطعىّ على انّ الواطئ لا بدّ ان يكون مالكا للوطى امّا بملكيّه الرّقبه و امّا بالزّوجيّه او التّحليل و لا بدّ فى الأخيرين من تحقّق الفاظ خاصّه و مجرّد الاذن و الاباحه من المالك لا يكفى فى الجواز و مقتضاها فى الثّالث الصحّه على الملكيّه و يقع باطلا على الاباحه و اذا كان هناك دليل على صحّته فلا بدّ من الالتزام بالدّخول فى ملك المعتق آنا ما و احتمال وقوعه عن المالك لازما بناء على انّ العتق كالبيع و قصد المعتق وقوعه لنفسه غير مؤثّر غير جار و ذلك لدليل اعتبار قصد القربه فى العتق و الحال انّ المعتق غير مالك و المالك غير متقرّب نعم لو قلنا بعدم اعتبارها فيه و انّ ما دلّ عليه اريد منه نفى الكمال دون الصحّه كان له وجه كما انّ احتمال وقوعه عنه موقوفا على الاجازه ينافى ما ذهب إليه المشهور من بطلان العتق الفضولى

و منها جواز التصرّف و عدمه عند موت المتعاطيين او احدهما فمع موتهما ينتقل ما كان بيد كلّ واحد منهما الى وارثه بناء

على الملكيّه و الى وارث المالك بناء على الاباحه و ينقطع إباحه التصرّف امّا بناء على الاباحه المالكيّه فظاهر و امّا بناء على الاباحه الشرعيّه فلأنّ المتيقّن هو الاباحه للآخذ لا لغيره و مع موت احدهما ينتقل ما كان بيده بالارث الى وارثه على الملكيّه و فى ايجابه اللّزوم كالنّقل الاختيارى وجه قوىّ و لا يجوز للحىّ التصرّف فيما بيده بناء على الاباحه الّا بتجديد المعامله بينه و بين الوارث المالك او اذن جديد منه و كذلك لا يجوز لوارث الميّت التصرّف فيما بيده من مال المالك الحىّ لانّ اباحته للتصرّف فى ماله كان فى مقابل إباحه الميّت له التصرّف فيما له و مع انقطاعها ينقطع مقابلها أيضا لا محاله

و منها انّه لو رجع احدهما بعين ماله لا يرجع الاخر بنفقتها عليه على الملكيّه لوضوح انّ بذلها كان فى ملكه و يرجع بها على الاباحه مع عدم التبرّع

و منها وجوب الخمس و الزّكاه على الاخذ بناء على الملكيّه لو قلنا بعدم اشتراط لزوم الملك فى وجوبهما و عدم الوجوب على الاباحه و لو قلنا بوجوب الخمس بمجرّد صدق الفائده و الغنيمه بالمعنى الاعمّ الّتى هى اعمّ من الملكيّه فلا يبعد ثبوت الفرق بين الزّكاه و الخمس بالفرق المذكور حكما فى الاوّل المشروط وجوبه بالملك و الوجوب و لو على الاباحه فى الثّانى و على ایّ حال فعلى الاباحه ان قام دليل من اجماع او سيره على وجوب الزّكاه على الأخذ يلتزم بدخول الماخوذ فى ملكه آنا ما

قوله (بحصول الملك القهرى انا ما فتأمّل)

قد يقال انّ دعوى التمسّک بعموم دليل السّلطنه غير بعيد فانّ من افراد سلطنه المالک تسليط الغير على التصرّفات المتوقّفه على الملک و اعتبار الامكان الشّرعى يوجب تقييد جواز التصرّفات بالجائزه و لكنّه لا يوجب حكومه تلك الادلّه على دليل عموم السّلطنه بل هو باق على صلاحيّته للتمسّک به على الجواز و تكون النّسبه بينهما عموما من وجه و لو بعد التّقييد فانّ مقتضى دليل السّلطنه جواز جميع التصرّفات و مقتضى تلک الادلّه توقّف بعض التّصرفات على الملك و لا وجه لتحكيم تلك الأدلّه على دليل السّلطنه فى مورد الاجتماع بعد امكان اثبات الامكان الشّرعى بدليل السّلطنه و ح يقع التّعارض و يمكن تخصيص كلّ منهما بالآخر و لا بدّ فى المقام من التأمّل التامّ و ترجيح تلك الادلّه بانّها ابيه عن التّخصيص معارض بترجيح دليل السّلطنه بالشّهره الفتوائيه على جواز التّصرفات مط فى المأخوذ بالمعاطاه بل السّيره قائمه عليها مط و يكون من قبيل قيام الدّليل الخاصّ على جواز التصرّف الموقوف على الملک

فان قيل انّ بناء على منع الحكومه و ثبوت التّعارض بالعموم من وجه بحيث امكن تخصيص كلّ منهما بالآخر فلا بأس بالجمع بينهما بحصول الملك القهرىّ آنا ما قبل التصرّف

قيل انّ بناء على التّعارض و عدم المرجّح فاللّازم هو التوقّف فى مادّه التّنافى و الرّجوع الى الاصول و مجرّد امكان الجمع كذلك لا يفيد لعدم شاهد عليه نعم لو دلّ دليل خاصّ على صحّه إباحه التصرّف الموقوف على الملك على نحو ما ثبت فى العمودين كان له وجه و بعد ذلك كلّه فالأمر بالتأمّل يمكن ان يكون إشاره الى منع كون المقام من قبيل حكومه دليل عدم جواز عتق

مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنّذر و كون النّسبه بين الدّليلين عموما من وجه بالتّقريب المذكور و يمكن ان يكون إشاره الى منع ما ذكره من امكان الجمع بحصول الملك القهريّ انا ما بناء على التّعارض بانّ بناء عليه فالوجه هو التّرجيح بما عرفت و يمكن ان يكون إشاره الى ما ذكرنا اخيرا من انّ بناء على التّعارض و عدم المرجّح فاللّازم هو التوقّف لا الجمع المذكور و يمكن ان يكون إشاره الى انّ مقتضى دقيق التأمّل كون فرض التّعارض لا يجتمع مع اعتبار الامكان الشّرعى كالعقلى فى موضوعات الاحكام

[فى حكم جريان المعاطاه فى غير البيع من العقود و عدمه]

قوله (فى حكم جريان المعاطات فى غير البيع)

الحقّ فى المقام ان يق انّ الاصل الاوّلى فى ابواب العقود و الايقاعات يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من المعاطات عليها الّا انّ فى بعضها يصدق على المعاطات فيه عنوان ذلك العقد او الايقاع المعلّق عليه فى النّصوص احكامه و يدخل المعاطاه فيه فى مسمّاه عرفا فيحكم بالخروج عن الاصل المزبور و ان لم يصدق على معاطاته اسم العقد فكلّ عنوان كان نصوصه الخاصّه شامله بعمومها او اطلاقها للاسباب الفعليّه لصدق الاسم كالعاريه و الوديعه و الوكاله بغير جعل و الجعاله و المضاربه و الصّدقه و الهديّه و الهبه الغير المعوّضه و الشّفعه و الاقاله و الفسخ و الاجازه و الرّجوع فى العدّه و البذل الموجب لتحقّق الاستطاعه و المزارعه و المساقاه و القسمه المشتمله على الردّ و نحوها كانت المعاطاه فيه على طبق القاعده الّا اذا قام الاجماع على عدم صحّتها فيه و لزوم الصّيغه الخاصّه كما فى اليمين او مانع اخر غير الاجماع كالاشكال المذكور فى المتن بالنّسبه الى الرّهن و الوقف من انّ جريان المعاطات و عدمه يتبع لحوق الجواز و عدمه للاجماع على اعتبار اللّفظ فى اللّزوم و الجواز فى الرّهن مناف لحقيقته عرفا و فى الوقف غير معروف من الشّارع فاللّازم ح هو الوقوف على الأصل الاوّلى و كلّ عنوان شكّ فى صدقه على المعاطاه كالاسقاط و الابراء و الكفاله و الحواله فالمرجع هو الاصل الّا مع قيام السّيره على جريانها و كذا لو علم بعدمه كالعتق و الطّلاق و الظّهار و اللّعان و الايلاء و الوصيّه تمليكيّه كانت او عهديّه و التّحليل و التّدبير و الضّمان و نحو ذلك حيث أنّ الضّروره قاضيه باختصاص الاسم فيها بما وقع منها باللّفظ و عدم وجود فعل يكون مصداقا لهذه العناوين و لا تنشأ الّا بالقول فانّ اطلاق العبد عن الخدمه بقصد العتق و القاء القناع على الزّوجه او اخراجها من الدّار بقصد البينونه ليس مصداقا للعتق و الطّلاق بل هما و امثالهما من الافعال من آثارهما و كذا انتقال الدّين من ذمّه الى اخرى لا يمكن ان يتحقّق بالفعل و كذا الملكيّه او القيمومه بعد الموصى و اولى من جميع ذلك فى عدم كون الفعل مصداقا للعنوان هو باب النّكاح فانّ مضافا الى الاشكال المذكور فى المتن فى الرّهن و الوقف و كون المرجع أصاله الفساد و اصاله حرمه الفروج يقال انّ النّكاح اذا كان حقيقه فى الوطى فامّا ان يراد من الفعل الّذى به يتحقّق المعاطاه الوطى الاوّل و امّا ان يراد منه التّمكين و سائر المقدّمات الفعليّه فعلى الاوّل يلزم اتّحاد السّبب و المسبّب و كون الشّى ء مؤثّرا فى نفسه مع انّ المسبّب الّذى هو الاثر المقصود من العقد

من الملكيه و جواز التصرّف لا بدّ و ان يكون متأخّرا عن الفعل الّذى يتحقّق به المعاطاه و يكون سببا لترتّب ذلک الأثر و على الثّانى فلا اشکال فى خروج المقدّمات من التّمکين و غيره عن حقيقه النّکاح و عدم کونها مصداقا له و اذا کان حقيقه فى العقد فخروج المعاطاه عنه ظاهر و على ایّ حال فلا ريب فى عدم جريان المعاطاه فى النّکاح لثبوت الاجماع بقسميه على ذلک و عدم تحقّق مصداق الضدّ النّکاح و هو الزّنا الّا فى صوره الاکراه ثمّ لا بأس بايراد بعض الكلام فى العقود الّتى اشار إليها فى المتن على التّرتيب فالاوّل الاجاره و الظّاهر صحّه المعاطاه فيها لشمول اطلاقات نصوصها عليها مضافا الى قيام السّيره على المعاطات فيها فان کانت الاجاره متعلّقه بالاعيان ملک الموجر الاجره بتسليم العين للمستأجر متزلزلا فانّ قبض العين قبض لمنفعتها عرفا و ان کانت متعلّقه بالاعمال ملک الاجره بعد تمام العمل الّا اذا کان المتعلّق عمل المملوک فانّ الاجاره ح تکون من المتعلّقه بالاعيان لمنفعتها و يکون قبضه قبضا لعمله و ما ادّعاه بعض الاصحاب من قيام الاجماع على اعتبار اللّفظ فى العقود اللّازمه فقد مرّ انّه محمول على إراده اعتباره فى اللّزوم دون الصحّه و الثّانى الهبه الغير المعوّضه فالظّاهر أيضا صحّه المعاطاه فيها كالصّدقه و الهديّه للسّيره القطعيّه و التّعارف قديما و حديثا التصدّق و التهادى بالافعال من دون اقتصار على بعض التّصرفات بل يترتّبون آثار الملكيّه على تلک الاعيان مط بل يمکن ان يق بافاده المعاطاه فيها الملکيّه على وجه اللّزوم فيما کان معوّضا بالقربه كالصّدقه و ذلک لعموم ما دلّ عليه و عدم الرّجوع فيما اريد به وجه اللّه و الثّالث الرّهن و فى جريانها فيه الاشکال المذکور فى المتن و الرّابع الوقف امّا الخاصّ منه و کذا التّحبيس و السّکنى و العمرى و الرّقبى فالاظهر عدم جريان المعاطاه فيها للشکّ فى صدق عناوينها بالمعاطاه و ليست السّيره قائمه على جريانها فيها و المرجع هو الاصل الاوّلى و امّا الوقف العامّ كبناء المساجد و تعمير المشاهد و المدارس و ما يوضع فيها من الفرش و المعلّقات و نحوها فيمکن ان يدّعى صدق الاسم على ما کان منها بمجرّد الفعل من دون الصّيغه فيشمله اطلاقات ادلّه الوقف بل يدّعى قيام السّيره عليه الّا انّ ظاهر الاجماعات المحکيّه هو اتّفاقهم على اعتبار الصّيغه فيه و عدم صحّته بمجرّد الفعل فکلّ ما کان من هذا القبيل و ما يدّخر للمشاهد و الضّرائح المقدّسه من الاموال الثّمينه ان علم إراده الواقف منه بمجرّد الفعل من دون الصّيغه ففيه اشکال قویّ و ان علم إراده الاباحه المالکيّه للجهه الخاصّه فيبقى على ملک المالک و ينتقل بعده الى وارثه و لا يجوز التصرّف فيه مع الشّک فى رضاه و ان علم إراده التّمليک فان کان بعنوان الهبه فقد مرّ انّ الظّاهر صحّه المعاطاه فيها و ان کان بعنوان تمليک الجهه و قلنا بصحّته فيبتنى على جريان المعاطاه و حصول السّبب المملّک بالفعل و هو فى غايه الاشکال فاللّازم هو الوقوف على اصاله الفساد و ان شکّ فى الکيفيّه کان المرجع اصاله الصحّه

قوله (موضع نظر لانّ فساد المعامله لا يوجب منعه عن العمل)

لا يخفى انّه لو اراد المحقّق من كلامه عدم جواز العمل بعنوان الاجاره کان حسنا نعم منع المصنّف ما ذکره من انّه لم

يستحقّ اجره مع علمه بالفساد فى محلّه لانّ الاجاره الفاسده مضمونه فانّ صحيحها مضمون و ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده الّا ان يقال انّه قيّد عدم الاستحقاق بصوره العلم بالفساد و لا وجه للضّمان ح لانّ مع العمل بعنوان الاجاره و علمه بفسادها و المفروض عدم اذن اخر للعمل لا حرمه لعمله و مجرّد عدم قصد التبرّع لا يوجب اجره المثل و على اىّ حال فاذا امره بعمل على عوض معيّن فعمله فان قلنا بانّه اجاره كما عرفت فلا اشكال فى استحقاقه اجره المسمّى و ان قلنا بعدم جريان المعاطاه فى الاجاره استحقّ اجره المثل و يحتمل ح ان يكون من باب الجعاله فانّ وقوع العمل الغير العامل مستحقّا للاجره يتحقّق بأمرين الاوّل استدعاء الغير و الثّانى قصد العامل بعمله كونه له مضمونا عليه غير مبذول مجّانا و الظّاهر اتّفاقهم على جريان المعاطاه فيها و قيام السّيره القطعيّه عليها ممّا لا ينكر و لا تكون من العقود اللّازمه الّتى ادّعى بعضهم قيام الاجماع على اعتبار الصّيغه فيها و يحتمل ان يكون من قبيل رجوع الضّامن على المضمون عنه بما دفع الى المضمون له اذا كان الضّمان بامره و لم يكن متبرّعا و من قبيل ضمان المتاع فيما لو قال الق متاعک فى البحر و علىّ ضمانه فانّه يصحّ بلا خلاف بينهم و قد يستشكل فى كون المقام من باب الضّمان تاره بانّه يتضمّن التّعليق على العمل و هو ينافى التّنجز المعتبر فى صحّه الضّمان و تاره بانّه من ضمان ما لم يجب و يدفعهما بعد صدق الضّمان و شمول العمومات أوّلا بانّه لا دليل على بطلان التّعليق و عدم صحّه ضمان ما لم يجب من نصّ او اجماع و ثانيا بتحقّق الضّمان منجّز او كون الوفاء معلّقا على العمل لصدق اصل ضمان العمل على نحو الضّمان فى الاعيان المضمونه اذ حقيقته قضيّه تعليقيّه و ثالثا بالحكم بثبوت الاجره لصدق الضّمان بمعنى التعهّد بعوض العمل و شمول العمومات له و ان لم يكن من الضّمان المصطلح عندهم

قوله (بجريان المعاطاه فى مثل الاجاره و الهبه و القرض)

قال فى محكىّ كتاب القرض من جامع المقاصد ظاهر عباراتهم انّه لا بدّ من الايجاب القولى و عباره التّذكره ادلّ على ذلک و يرد عليه انّه قد سبق فى البيع الاكتفاء بالمعاطاه الّتى هى عباره عن الاخذ و الاعطاء فاذا اكتفى فى العقد اللّازم بالايجاب و القبول الفعليّين فحقّه ان يكتفى بهما هنا بطريق اولى و ليس ببعيد ان يق انتقال الملک الى المقترض بمجرّد القبض موقوف على هذا لا إباحه التصرّف اذا دلّت القرائن على ارادتها ه و فرّق بين المعاطاه فى القرض و بينها فى البيع بافادتها الاباحه فى الاوّل و الملک فى الثّانى فى محكىّ صيغ العقود حيث قال فى القرض انّه لا يكفى الدّفع على جهه القرض من غير لفظ فى حصول الملک نعم يكون ذلک فى القرض كالمعاطاه فى البيع فيثمر إباحه التصرّف فاذا تلف العين وجب العوض و الّذى ينساق إليه النّظر انّ المعاطاه فى البيع يثمر ملكا متزلزلا و يستقرّ بذهاب احدى العينين او بعضها و مقتضى هذا انّ النّماء الحاصل فى المبيع قبل تلف شى ء من العينين يجب ان يكون للمشترى بخلاف الدّفع للقرض فانّه لا يثمر الّا محض الاذن فى التّصرف

و اباحته فیجب ان یکون نماء العین للمقرض لبقائها علی الملک ه و فی الجواهر بعد نقل عباره صیغ العقود للمحقّق الکرکی ما لفظه و هو صریح فی الفرق بین المعاطاه فیهما و لا یخفی علیک صعوبه اثبات ذلک علیه ضروره اشتراک الجمیع فی الادلّه کما عرفته ه و من هذا کلّه یعلم انّه جزم بجریان المعاطاه فی القرض کما فی المتن الّا انّه ذهب الی افاده المعاطاه فیه مجرّد الاباحه لا الملک مع انّ الظّاهر انّه یصدق علی المعاطاه فیه اسمه و عنوانه فهو کسائر العقود اللّازمه الّتی تندرج المعاطاه فیها تحت اطلاق اخبارها و غایه ما ینساق إلیه النّظر فی توجیه الفرق المذکور أن یق ذلک یبتنی علی امرین الاوّل کون القرض من العقود اللّازمه و مفاده تملیک العین مضمونه علی المقترض و لذلک ذهب المشهور الی انّ الزام المقرض بارجاع المقترض العین المقبوضه فی صوره بقائها لا- یوجب علیه ردّ العین و لو کان عقدا جائزا کان للمقرض استرداد العین فعدمه من جهه تملیک العین ملکا لازما بالقرض و کون وجوب البدل من باب الغرامه و التّعویض لا من باب المعاوضه نعم للمقترض ردّها لانّ الثّابت فی ذمّته بعد القرض هو عنوان کلّی منطبق علی العین المقبوضه و یصدق الوفاء بردّها حقیقه بل هی اولی بصدق الوفاء و الظّاهر انّ من عبّر بکونه عقدا جائزا أراد بذلک جواز مطالبه المقرض متی شاء الوفاء و ان کان مؤجّلا فانّ شرط التّأجیل فیه لا یلزم الّا اذا اشترط ذلک فی عقد لازم غیره الثّانی انّه قد مرّ فی المتن ما لفظه و عن جامع المقاصد یعتبر اللّفظ فی العقود اللّازمه بالاجماع فالاجماع قائم عنده علی اعتبار الصّیغه فی صحّه العقود اللّازمه مط و لازمه کون القرض المجرّد عنها عقدا فاسدا و لکنّ الاذن الضّمنی و شاهد الحال یثمر ان الاباحه المالکیه و الاذن فی التصرّف و اباحته و امّا البیع فحیث انّ الاجماع قائم علی صحّه المعاطاه فیه و افادتها الاباحه الشّرعیه الّتی نزّلها ره علی الملک المتزلزل فلا بدّ من صرف الاجماع المتقدّم الظّاهر فی کون الصّیغه شرطا فی الصحّه الی کونها فی البیع شرطا فی اللّزوم و امّا فی غیره من العقود اللّازمه فحیث لا اجماع علی صحّه المعاطاه فیه یبقی اعتبار الصّیغه الثّابت بالاجماع علی ظاهره من اعتبارها فی الصحّه و لا قرینه تصرفه الی اعتبارها فی اللّزوم کما فی البیع

و فیه انّ من الواضح ارادته من معقد الاجماع المدّعی امرا واحدا و هو اعتبار الشّرط المذکور فی جمیع العقود اللّازمه لا امورا متعدّده بحیث یکون هناک اجماعات عدیده قائمه فی کلّ عقد بالاستقلال و علیه فإراده الصحّه فی بعض العقود و اللّزوم فی بعض اخر یکون من باب استعمال اللّفظ فی معنیین و هو کما تری

[فی ملزمات المعاطاه علی کلٍّ من القول بالملک و القول بالإباحه]

قوله (فاعلم انّ تلف العینین ملزم اجماعا)

لا- خلاف فی ذلک بل الاجماع علیه کما هو صریح المتن و جماعه منهم الشیخ الاکبر فی شرح القواعد و لکن قد یقال انّ ذلک علی خلاف القاعده بناء علی القول بالإباحه و انّما خرج عنها للاجماع و ذلک لانّ اخذ العین حال التّعاطی کان بعنوان الضّمان بالبدل الجعلی و حیث لم یمضه الشّارع رجع الضّمان الی البدل الواقعی و هو المثل

او القيمه فانّ القبض لم يكن بعنوان المجّانيّه و من أوّل الامر كان التّعاطى على وجه الضّمان غايه الامر عدم سلامه المجعول بدلا لا سقوط أصل الضّمان نعم لو كانت الاباحه مجّانيّه لا على وجه المعاطات الّتى هى من المعاوضات لم يكن ضمان و كذا لو كانت المعاطاه على وجه المعاوضه بين الاباحتين بالمعنى الفعلى لا بين العينين بل و كذا لو كان من قصدهما التّمليك بالتّمليك فانّ الملكيّه ح تكون مجانيّه و امّا لو كانت على ما هو الغالب من قصد المتعاطيين و هو التّعاطى على وجه المقابله بين المالين سواء كان بتمليك المعوّض بتملّك العوض على ان يكون المقابل لتمليك المعوّض هو ملكيّه العوض او كان باباحه التصرّف فى المعوّض باباحه العين على ان يكون المقابله بين المباحين و قلنا باباحه الشرعيّه فى صوره قصد التّمليك فالمعاوضه انّما هى بين العينين و مقتضاه الضّمان بالبدل الواقعى و يعدّ دفعه دفعا للتّالف نعم على القول بالملك فالحكم على طبق القاعده لانّ المال قد تلف فى ملك من انتقل إليه و لا معنى لجواز الرّجوع فى العين بعد تلفها و لا ببدلها الواقعى اى المثل او القيمه لانقطاع استصحاب علقه المالك الاوّل فى العين بعد تلفها و الرّجوع ببدل التّالف من المثل او القيمه فى تلف المبيع فى البيع الخيارى انّما هو من جهه كون الرّجوع فيه من احكام العقد الخيارى و امّا فى المقام فلم يعلم كونه كذلك كما فى المتن

قوله (و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين)

هذا بناء على القول باصاله اللّزوم فى الملك فانّ مقتضاها عدم جواز الرّجوع لكلّ واحد منهما و قد خرج عنها بالخصوص بجواز الرّجوع فى صوره بقاء العينين و امّا بناء على ما قدّمنا من قوّه احتمال اصاله الجواز فيمكن ان يق انّ الحكم باللّزوم على خلاف القاعده و ذلك لانّ استصحاب بقاء علقه المالك الاوّل للعين الموجوده يقتضى جواز رجوعه بها و حيث كانت العين التّالفه مضمونه عليه قبل التّلف كان رجوعه موجبا لرجوع صاحبه عليه ببدل التّالف من المثل او القيمه و يمكن دفعه بانّ محلّ الكلام ما هو الغالب من قصد المتعاطيين و هو تمليك العين بتملّك الاخرى على ان يكون المقابله بين العينين فبناء على القول بالملك اقتضت المعاطاه بدليّه كلّ من العينين عن الاخرى و مقتضى اصاله الجواز و كون الملكيّه متزلزله هو صحّه ابطال كلّ من المتعاطيين تلك البدليّه بالرّجوع بما كان له و ارجاع العين الاخرى الى صاحبه فالابطال يتعلّق بموضوع الترادّ الّذى لا يتحقّق الّا مع بقاء العينين و اذا تلف إحداهما فى ملك مالكه لا يمكن رجوعه الى ملكه السّابق لفوات الموضوع هذا على القول بالملك و امّا بناء على القول بالإباحه فالاقرب تبعا للمسالك هو جواز الرّجوع لمالك العين الموجوده بها لكونها باقيه على ملكه و ضمان التّالف ببدله معلوم و لا دليل على وجوب الالتزام بالبدل الجعلى بعد عدم امضاء الشّارع تلك البدليّه بالفرض فالوجه هو الغرامه من التّالف ببدله الحقيقى اعنى المثل او القيمه نعم لو كان قصد المتعاطيين الاباحه بالإباحه

كان لمالك العين الموجوده الرّجوع بها من دون ضمان ببدل التّالف لانّ التّعاطى ح لم يكن بقصد المعاوضه بين العينين

قوله (او بعضها على القول بالملك)

صرّح جماعه فى تلف بعض العينين باللّزوم و منهم جامع المقاصد و شارح القواعد و يمكن ان يستدلّ له بالسّيره القطعيّه و بدليل نفى الضّرر و توهّم اللّزوم بالنّسبه الى التّالف و الجواز فى الباقى يدفعه عدم الدّليل عليه و بناء على انّ تلف البعض من الملزمات لو تعلّق الخمس او الزّكاه بالعين المأخوذه بالمعاطاه على الاخذ لا يبعد تحقّق اللّزوم بذلك على القولين من الملكيّه او الاباحه لكونه بحكم تلف بعض العين او نقله فلا يجوز الرّجوع بالباقى

قوله (باخذ بدله الحقيقى و هو المثل او القيمه فتدبّر)

لعلّ الامر بالتدبّر إشاره الى خصوص الوجه الأخير بانّ عموم السّلطنه يدلّ على صحّه المعاوضه لا على ثبوت البدل بعد التّلف

قوله (و الظّاهر انّه فى حكم التّلف لانّ السّاقط لا يعود)

قد يختلج فى الذّهن انّ لازم ذلك لغويّه الخيارات فيما لو كان احد العوضين دنيا و الخيار لصاحب العين بان يبيع الدّين على من فى ذمّته كذلك لانتفاء فائده الخيار بعد عدم عود الذمّه الّا ان يقال انّ على القول بالإباحه تكون المعاطاه شبيهه بالوفاء نظير ما عن الشّهيد فى الدّروس فى الوفاء بغير الجنس من انّه وفاء شبيه بالمعاطاه و امّا على القول بالملك فلا وجه لذلك اصلا فانّ الدّين ح من باب العوض فى العقد و لو كان بيع الدّين على من فى ذمّته سببا للسّقوط لم يتخلّف فى البيع بالخيار و من التخلّف فى ذلك المقام يستكشف عدم كونه سببا للسّقوط و لكنّه واضح الدّفع فانّ بيع الدّين على من فى ذمّته سبب للسّقوط فى المقامين لكن لمّا كان جواز الفسخ بالخيار من احكام العقد و كان سقوط الدّين بحكم التّلف كان عود الذمّه من باب الرّجوع الى المثل بخلاف المقام فانّ جواز الرّجوع متعلّق بموضوع الترادّ و حيث ارتفع الموضوع بالسّقوط امتنع جواز الرّجوع

قوله (و كذا على القول بالإباحه اذا قلنا باباحه التصرّفات النّاقله

هذا بناء على وقوع العقد له بان يكون التصرّف من النّاقل كاشفا عن سبق الملكيّه له آنا ما و يصير العوض له و ينقطع استصحاب الجواز بامتناع الترادّ و أمّا اذا قلنا بوقوعه للمالك فان قلنا بوقوعه فضوليّا و موقوفا على اجازته فلا اشكال فى امكان الترادّ مع عدم الاجازه فيجوز الرّجوع و ان قلنا بخروجه عن الفضولى لسبق الاذن منه فكذلك لانّ مالك العين الموجوده و هو النّاقل يجوز له الرّجوع الى عين ماله لانّ لازم كون عوض المنقول للمبيح كون العين الموجوده باقيه على ملك مالكها و الّا يلزم الجمع بين العوض و بدل المعوّض فى ملكه و متى جاز للنّاقل الرّجوع الى ماله جاز لمالك العين المنقوله أيضا الرّجوع الى ماله ثمّ انّ القول بوقوعه للمالك لا ينافى مع القول باباحه التصرّفات النّاقله اذ يقع العقد صحيحا و للمباح له التصرّف فى العوض

على كونه ملكا للمبيح

قوله (اجودهما ذلک اذ لم يثبت فى مقابله اصاله اللّزوم)

بل الظّاهر ذلک بناء على اصاله الجواز أيضا لاستصحاب اللّزوم المتحقّق بالنّقل و لا وجه لاستصحاب الجواز لانقطاعه بذلک و كان امكان التَرادّ موضوعا للحكم بالجواز و قد انقطع بالنّقل لا علّه له حتّى يكون الجواز و عدمه دائرا مداره

قوله (بل الحكم هنا اولى منه على القول بالملک)

قد تقدّم منّا الاشكال فى هذا التّفكيک نعم يمكن ان يقال بالاولويّه لا من الجهه المذكوره بل من جهه احتمال كون المناط فى جواز الرّجوع هو عنوان الاباحه لا عنوان الملكيّه و عليه فالمناط فى جواز الرّجوع اذا تبدّل بالملكيّه لا يمكن استصحابه فتدبّر

قوله (كما تقدّم استظهاره عن جماعه)

كقطب الدّين و الشّهيد رهما حيث استظهر منهما فى باب بيع الغاصب انّ تسليط المشترى للبائع الغاصب على الثّمن و الاذن فى اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا و انّه يملک الثّمن بدفعه إليه فليس للمالک اجازه هذا الشّراء و استظهر أيضا من محكيّ المختلف فيما لو اشترى جاريه بعين مغصوبه انّ له وطى الجاريه مع علم البائع بغصبيّه الثّمن و لكنّ الوجهين فى غايه الضّعف امّا الاوّل فلانّ العقد ان كان مؤثّرا فى النّقل من حينه فقد اوجب اللّزوم المنقطع به الاستصحاب و كان هو المستصحب و ان لم يؤثّر كذلک فلا وجه لعود العين بفسخ او تقايل كما هو المفروض و امّا الثّانى فلانّ مقتضى العوضيّه قيام العوض مقام المعوّض و يستحيل كون العوض لغير من له المعوّض و كون العوض للبائع لا يمكن الّا بكشفه عن سبق ملكيّته للمعوّض

قوله (و لو كان النّاقل عقدا جائزا)

توضيحه انّ بناء على الملكيّه صارت المعاطات لازمه و لم يكن لمن بيده العين الباقيه الرّجوع على النّاقل و الزامه بالرّجوع على ما نقله سواء كان النّقل بمعاوضه كالبيع الخيارى او بالمعاطاه مرّه اخرى او مجّانا كالهبه الغير المعوّضه لعدم امكان التَرادّ فعلا و تحصيله و لو كان ممكنا بواسطه الرّجوع غير واجب لانّ الظّاهر انّ وجوب ارجاع ما اخذه بعد الرّجوع عليه من الواجب المشروط لانّه مستفاد من دليل لبّى و مع عدم امكانه فعلا لا يجب تحصيل مقدّماته نعم لو كان مستفادا من دليل لفظيّ كان مقتضى اصاله الاطلاق كونه من الواجب المطلق و حيث لم يكن فى المقام دليل كذلک فالاصل عدم الوجوب و لا رجوعه بنفسه على من انتقلت إليه العين لعدم ثبوت خيار له يقتضى ذلک و امّا بناء على الاباحه فان كان النّقل بمعاوضه كان حكمه ما ذكر لكون المعاوضه كاشفه عن سبق الملک للنّاقل انا ما من حيث انّ العوض لا يمكن ان ينتقل الى غير مالک المعوّض و ان كان مجّانا فالمعاطاه باقيه على حكم الجواز لانّ النّقل ح قد وقع عن المالک المبيح و لا عوض فيه حتّى لا يعقل كون العوض لغير من له المعوّض و يمكن المناقشه فى هذا التّفصيل بانّ النّقل الجائز المجّانى كالهبه ان لم يكن بحكم التّلف فلا فرق بين القول بالملكيّه و الاباحه فى جواز الرّجوع

لامكان الترادّ و ان كان اتلافا و بحكم التّلف كما هو الظّاهر فلا فرق فيه أيضا من حيث القول بالملكيّه او الاباحه فانّ وجه اللّزوم فى الاوّل ان كان هو النّقل الى غير من بيده من حيث انّه يقطع موضوع الترادّ فهو حاصل فى الثّانى أيضا و مجرّد مالكيّه الواهب المفروض فى المعاوضه و المفقود فى غيره من حيث توسيط احد المتعاطيين فى الاوّل حيث انّه ينتقل إليه أوّلا و منه الى غيره دون الثّانى حيث انّه ينتقل من المالك الاصلى إليه من دون توسيط لا يوجب فرقا فكما قرّرتم انّه لا يجب على النّاقل الرّجوع على الثّالث لو رجع إليه من بيده العين الباقيه بناء على الملكيّه لا يجب أيضا على المالك الّذى وقع النّقل عنه الرّجوع على الثّالث لو رجع النّاقل إليه بالعين الباقيه بناء على الاباحه الّا ان يق انّ جواز الترادّ الثّابت فى العينين بسبب المعاطاه يتأكّد بحدوث سبب اخر فى النّقل المجّانى بناء على الاباحه فلا مانع من استصحاب الجواز بعد النّقل بخلاف البناء على الملكيّه فانّ الجواز فيه ح حكم اخر حدث للواهب و قد انقطع جواز المالك الاوّل و فيه انّ التّمليك للثّالث و لو بوقوع النّقل عن المالك من دون توسيط النّاقل سبب اخر للحكم بالجواز و لو كان موافقا للسّبب السّابق فى الأثر و الفرض انّ التّمليك اتلاف فيه ينقطع موضوع الحكم السّابق بالجواز فلا فرق بين القول بالملكيّه و الاباحه لاتّحاد المناط فى الصّورتين و عليه فلو رجع النّاقل على المالك الّذى وقع النّقل عنه بالعين الباقيه لا يجب عليه الرّجوع الى العين الموهوبه و على اىّ حال فالقول باللّزوم فى الهبه الغير المعوّضه بناء على الملك و الجواز على الاباحه أم القول باللّزوم فى الصّورتين انّما هو فى الهبه بعد الاقباض و امّا لو وهبه و لم يقبض و قلنا انّ القبض شرط فى الصحّه فالظّاهر عدم اللّزوم لانّ القبض ح جزء السّبب المملّك

لا يقال هذا ينافى لما اطبق عليه الاصحاب فى الخيارات من أنّ من له الخيار لوارد البيع سقط خياره لانّ ذلك رضا منه باللّزوم

فانّه يقال الخيار حقّ يسقط بكلّ فعل يدلّ على الرّضا و منه التعرّض للبيع و امّا جواز الرّجوع فى المقام حكم يحتاج سقوطه الى دليل فافهم

قوله و لو باع العين ثالث فضولا)

الظّاهر صحّه الاجازه من كلّ واحد من المتعاطيين من دون فرق بين القول بالملك و القول بالإباحه و متى صحّت الاجازه صحّ الردّ أيضا على اختلاف فى التّأثير كما ستطّلع عليه و على هذا فلو وقعت الاجازه من دافع العين نفذ امّا على الاباحه فواضح و امّا على الملك فلأنّ الاجازه تكشف عن الرجوع فى المعاطاه و تؤثّر فى فسخها و الّا لغت الاجازه و لو وقعت من قابضها نفذ أيضا امّا على الملك فواضح و امّا على الاباحه فلانّ الاجازه تكشف عن سبق الملك آنا ما مثل البيع و المفروض إباحه انواع التصرّفات فالاجازه من الدّافع او القابض واقعه من المالك على القول بالملك او الاباحه و توجب لزوم الفضولى و وقوعه عن المجيز و امّا الردّ فيصحّ أيضا من كلّ منهما و يؤثّر فى بطلان الفضولى مط و امّا فى المعاطاه فلو كان من الدّافع اثّر فى فسخها بناء على الملك بالملازمه كما عرفت من انّ

الاجـازه ح تكشف عن الرّجوع فيهـا و لو كـان من القابض لا تأثير له فيها مط امّا على الملك فلا يوجب الردّ لزوم المعاطاه لبقاء موضوع الترادّ و امّا على الاباحه فلعدم توقّف الردّ على الملكيّه حتّى يكشف عن سبق الملك و يكفى فى صحّه ابطاله للفضولى كونه من التصرّفات المباحه له و لو وقعت الاجازه من كليهما فان اتّحد زمان الاجازتين قد مرّ اجازه الدّافع سواء قلنا بالملك او الاباحه و ذلك لانّ النّقل من القابض بنفوذ اجازته لا يتحقّق الّا بان يكون العين مباحه التصرّف له فى زمان الاجازه و لا تكون كذلك مع الفرض فانّ اجازه الدّافع مقارنا لاجازته يكشف عن منع إباحه تصرّف القابض فى زمان اجازته مضافا الى انّ الرّجوع فى المعاطاه المنكشف باجازه الدّافع و ان اقترنت مع الاخرى زمانا الّا انّه سابق بالطّبع عن اللّزوم المسبّب عن النّقل الحاصل بالاخرى و التقدّم بالطّبع من اقسام السّبق بالذّات فالرّجوع الموجب للانفساخ سابق على النّقل الموجب للّزوم بالطّبع فانّ اجازه القابض متى اثّرت فى صحّه الفضولى تحقّق النّقل و بتحقّقه لزم المعاطاه و امّا اجازه الدّافع فتكشف عن الرّجوع أوّلا و ما لم يتحقّق الرّجوع لا تؤثّر الاجازه فى صحّه الفضولى و فى المسأله احتمالات اخر ضعيفه

منها سقوط الاجازتين لانّه من تعارض السّببين المتضادّين فى الأثر و لا ترجيح لاحدهما و فيه ما عرفت من ثبوت التّرجيح فى اجازه الدّافع

و منها سقوطهما فى تأثير الفسخ او اللّزوم فى المعاطاه للتّعارض و امّا التّأثير فى صحّه الفضولى فالأثر من حيث انّه واحد لا مانع من اشتراكهما فى ذلك و فيه المنع من وحده الأثر لوضوح تغاير الأثرين فى الفضولى فانّ متعلّق الاجازتين ليس بواحد و اجازه الدّافع انّما هو بمعنى وقوع البيع له و اجازه الاخر أيضا انّما هو بمعنى وقوعه له لا للدّافع و اذا تغاير الأثران تغاير المؤثّران و لا جامع بينهما

و منها تقديم اجازه المالك فعلى القول بالملكيّه يقدّم اجازه القابض و على القول بالإباحه يقدّم اجازه الدّافع و ذلك لانّ مالك العين اقوى بالردّ و الاجازه من مالك التصرّف و فيه منع واضح بعد فرض كون التصرّف النّاقل مباحا لغير المالك

و منها تقديم اجازه المالك بناء على الكشف دون النّقل لانّ اجازته كاشفه ح عن نفوذ الفضولى من حين العقد و اجازه الاخر كاشفه من حينها لانّها يستلزم الفسخ او الملكيّه آنا ما فلا تكشف عن نفوذ الفضولى قبل ذلك و فيه انّ الكلام فى نفوذ الاجازه من حيث تقارنها مع الاخرى و ان شئت قلت انّ اجازه المالك لو نفذت و أثّرت لكان مقتضاها صحّه الفضولى من حين العقد و الكلام فى وجود المانع عن نفوذها و ان اختلف زمان الاجازتين فمن الواضح انّ الاجازه السّابقه تؤثّر فى صحّه الفضولى مط و فى فسخ المعاطاه ان كانت من الدّافع و فى لزومها ان كانت من القابض من غير فرق بين القول بالملكيّه او الاباحه و لو وقع الردّ منهما فان اتّحد زمان الردّين لا اشكال فى عدم صحّه الفضولى كما لا اشكال فى عدم تأثير ردّ القابض فى

المعاطاه اصلا و يؤثّر ردّ الدّافع فى فسخ المعاطاه على القول بالملك لو قلنا بانّ الردّ كالاجازه فى الكشف عن الرّجوع و لا يتوهّم المعارضه بردّ القابض كما كان فى الاجازه لانّ ردّه لا يوجب نقلا و لا تأثيرا فى المعاطاه و هل يؤثّر ردّ الدافع فى فسخها على القول بالإباحه الظّاهر العدم و ان اختلف زمان الردّين فالردّ السّابق يؤثّر فى بطلان الفضولى مط و ان كان الردّ السّابق من الدّافع فقد عرفت انّه يؤثّر فى فسخ المعاطاه على القول بالملك لو قلنا بانّ الردّ كالاجازه فى الكشف عن الرّجوع و لو وقع الاجازه من احدهما و الردّ من الاخر و اتّحد زمانهما فان كانت الاجازه من الدافع صحّ الفضولى و انفسخت المعاطاه و ان كان الردّ منه فحكمه ما تقدّم فى اتّحاد زمان الاجازتين و يجرى فيه الاحتمالات المذكوره و ان اختلف زمانهما فان كان السّابق هو الاجازه اثّر فى صحّه الفضولى مط و فى فسخ المعاطاه ان كانت من الدّافع و فى لزومها ان كانت من القابض و ان كان هو الردّ اثّر فى بطلان الفضولى مط و فى فسخ المعاطاه ان كان من الدّافع على القول بالملك

قوله (لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه)

يظهر من هذا التّعبير التأمّل فى كونها رجوعا و نظره فى ذلك الى ما ذكره سابقا فى التّنبيه الرّابع فى بيان عدم جواز التصرّف الموقوف على الملك لغير المالك ففى المقام لا بدّ من سبق ما يدلّ على الفسخ حتّى يصحّ للاوّل نقله الى ثالث او سبق ما يدلّ على ملكيّه الثّانى بناء على الاباحه اذ لا يصحّ النّقل الّا من المالك و لا وجه لجواز الاجازه حتّى تكون رجوعا او دالّا على الملكيّه و يق فى الجواب انّ الاصحاب اطبقوا على أنّ التصرّفات النّاقله من ذى الخيار رجوع و لا فرق بينها و بين المقام فكما يكون بيع ذى الخيار رجوعا يكون الاجازه رجوعا و وجّه المصنّف ره بيع ذى الخيار بانّ مناط الفسخ و الامضاء هو الرّضا الباطنى المستكشف بالتصرّف و كانّه يريد انّ نيّه الفسخ كافيه فيه اذا كان لها كاشف فيكون التصرّف واقعا فى ملكه حقيقه لحصول الفسخ قبله بالنيّه و قال أيضا فى التّنبيه الرّابع فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب او اعتقه بحصول الملك الحقيقى له قبل البيع و العتق من جهه كشف البيع عن الرّجوع قبله فى الآن المتّصل و لا اشكال فى جريان هذا الكلام فى المقام أيضا و وجّه السيّد الطّباطبائى قدّس سرّه المقامين فى الحاشيه بانّ المعتبر فى صحّه البيع انّما هو كون البائع مالكا له و لا يعتبر كونه مالكا للمال و الاولى ان يق انّ الرّجوع كما يحصل بالفعل كذلك يحصل بالقول الدالّ عليه بالمطابقه او الالتزام و كما يصحّ الفضولى و يقع عن المجيز لو فسخ المعاطاه أوّلا ثمّ أجاز فكذلك لو اجاز من غير سبق الفسخ فانّ الاجازه بنفسها تتضمّن الرّجوع و تدلّ على الفسخ بالدّلاله الالتزاميه و الّا لزم لغويّتها الّا ان يدّعى بانّ التّرتيب الزّمانى معتبر فى امثال هذه الموارد و قد خرجوا عنه فى بيع ذى الخيار بالاجماع حيث اكتفوا فيه بالتّرتيب الطّبعى و هو دعوى بلا برهان

قوله فان جعلنا الاجازه كاشفه لغى الرّجوع)

من دون فرق بين القول بالملك

او الاباحه وجه الفرق انّ الاجازه تكشف عن تأثير العقد الفضولى السّابق على الرّجوع و فيه انّ كشف الاجازه عن ترتّب الأثر من حين العقد مشروط بعدم تحقّق مانع عنه الى حين وقوعها و المفروض تحقّق المانع و هو الرّجوع السّابق فالانصاف لغويّه الاجازه اللّاحقه كاشفه كانت أم ناقله

قوله (سقط الرّجوع على القول بالملك)

ان كان الامتزاج على وجه يتميّز و يمكن الافراز فلا اشكال و ان كان على وجه يلحق بالاتلاف فلا اشكال أيضا فى جريان حكم التّلف عليه و انّما الكلام فيما لو كان على وجه لا يتميّز او يتميّز و لكن لا يمكن الافراز و الاقوى فى ذلك هو اللّزوم مط من دون فرق بين القولين لانّ التّرادّ ان كان ممتنعا كما اعترف به على الملكيّه سقط الرّجوع على الاباحه أيضا لتوقّف الرّجوع مط على التراد الممتنع بالفرض و ان كان ممكنا فلا يسقط الرّجوع و لو على الملكيّه و لا فرق فى اللّزوم فى الصّوره المفروضه بين المزج بالاجود او بغيره من المساوى او الاردى و يظهر من محكىّ عباره المسالك احتمال التّفصيل بين المزج بالاجود و غيره حيث نقل انّه قال لو اشتبهت بغيرها او امتزجت بحيث لا يتميّز فان كان بالاجود فكالتّلف و ان كان بالمساوى او الاردى احتمل كونه كذلك لامتناع التّرادّ على الوجه الاوّل و اختاره جماعه و يحتمل العدم فى الجميع لاصاله البقاء ه و قد يعلّل بانّ فى الحكم بالشّركه فى المزج بالاجود ضرر منفىّ و ذلك للزوم ملاحظه القيمه و النّقص بحسب الوزن و الجواب انّ فى المزج بالاردى ضرر أيضا على الشّريك الاخر

قوله (فلا لزوم على القول بالإباحه)

الظّاهر انّ نظره الى انّ بناء على الاباحه لا جهه تقتضى خروج المال عن ملك مالكه بهذا التصرّف المباح و اللّزوم بالنقل من جهه كشفه عن سبق الملك آنا ما و على الملك ففى اللّزوم و الجواز وجهان مبتيّان على جريان استصحاب جواز التّرادّ و عدمه و يمكن ان يكون معنى العباره انّ منشأ الاشكال هو انّ الموضوع فى استصحاب جواز التّرادّ ان كان عقليّا حقيقيّا لم يجر الاستصحاب لتبدّل الموضوع حقيقه و ان كان عرفيّا كان استصحاب الجواز منوطا به فقد يصدق عرفا على العين بعد تغيير الصّوره انّها هو السّابق و قد لا يصدق و يمكن ان يكون المعنى انّ الموضوع فى الاستصحاب المذكور ان كان ذات الشّى ء و حقيقته جرى استصحاب الجواز فكما انّ الملكيّه متعلّقه بالعين و كلّما كانت باقيه و لو بتبدّل الصّور كانت الملكيّه ثابته فكذلك كلّما كانت العين باقيه و لو تغيّرت بالصّوره كان استصحاب الجواز باقيا و ان كان الموضوع عرفيّا فقد يرى العرف الشّى ء عند تغيير الصّوره غيره و لا يخفى انّ الشّك فى بقاء جواز التّرادّ ان كان من حيث الشّك فى بقاء التّرادّ بعد التصرّف نظير ما ذكره فى التّلف من انّ الاصل على القول بالملك اللّزوم و المتيقّن من مخالفه الاصل جواز ترادّ العينين كان لما ذكره من التّفصيل

بين القول بالإباحه و القول بالملک و الفرق بينهما وجه بناء على ما اختاره من اصاله اللّزوم فى الملک و انّ جواز الرّجوع قد ثبت بالاجماع و امّا بناء على ما احتملناه من اصاله الجواز فيه فلا فرق بين القولين من حيث جواز المعامله و استصحابها و من حيث حدوث ما يكون قاطعا له لانّ متعلّق الملک على القول بالإباحه و متعلّق العلقه على القول بالملک شى ء واحد و هو ما تعاطياه من العينين و اذا كان التصرّف فى إحداهما بتغيير الصّوره قاطعا لتعلّق العلقه بها و مخرجا لها عنه كما فى الملک كان مخرجا عن تعلّق الملكيّه بها أيضا و ذلک لانّ على الفرض ليست العلقه على الملک علقه جديده حادثه للمالک الاوّل بل هو من آثار الملكيّه السّابقه و من مراتبها و على هذا فابتناء جريان الاستصحاب و عدمه على كون الموضوع حقيقيّا او عرفيّا يجرى على كلا القولين و ان كان الشّک فى بقاء جواز التراد من حيث الشکّ فى انّ مع التصرّف المغيّر للصّوره هل يعدّ العين تالفه أم لا- كما هو المتفاهم من العباره فلا- فرق أيضا فى الابتناء على انّ موضوع الاستصحاب عرفىّ أم حقيقىّ بين القول بالملک و الاباحه و كيفما كان فالاقرب بالنّظر هو لزوم المعاطاه بالتصرّف فى العين بتغيير الوصف و الصّوره و عدم الفرق بينه و بين المزج و ذلک لانّ الاباحه الحاصله بالمعاطاه ليست كإباحه الطّعام كما هو مختار صاحب الجواهر و يظهر من المصنّف بل هو تسليط مالكىّ و تضمين معاوضىّ و يمتنع التراد بمعنى ردّ كلّ مال الى صاحبه مع تغيير الصّوره لانّ طرف المبادله لم يكن العين بجزئها المادّى فقط و كان الملحوظ المركّب من المادّه و الصّوره مع انّ السّيره قائمه على اللّزوم و لو ردّ احد المتعاطيين المتاع الّذى فصّله او صبغه مثلا لم يقبل عند سيره المتشرّعه و ينكرون عليه ذلک و لو فرض الملحوظ بدلا حال المعاطاه ذات الشّى ء مع اىّ صوره كانت لا- بأس ببقاء الجوزاء كما احتملناه فى معنى عباره المتن ثمّ على تقدير الرّجوع هل يرجع بالوصف الفائت وجهان الا-قوى عدمه فانّ قضيّه للوصف قسط من الثّمن و لحاظه فى البدليّه و ان كان هو الرّجوع الى الغرامه الّا انّ الاجماع القائم فى المعاطات على عدم الرّجوع فى التّالف عينا و منفعه و صفه يقضى بالعدم

[مقدّمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع]

اشاره

قوله (من عدم اعتبار اللّفظ فى طلاق الاخرس)

قد دلّ النصوص المستفيضه فى مقامات عديده منها الصّلاه و منها النّكاح على كفايه إشاره الأخرس و لا يخفى انّ من تمسّک باصاله عدم وجوب التّوكيل كالحلّى و الشّهيد انّما تمسّكوا بها بعد الاستدلال بانّ إشاره الأخرس يشمله الاطلاقات فيصحّ اشارته و لا يجب التّوكيل لاصاله البراءه فالتمسّک بالاصل بعد شمول الاطلاقات فى محلّه نعم لو تمسّک به بدون ضميمه الاطلاق كان الاصل هو الاشتراط و اصاله الفساد

[ثمّ الكلام فى الخصوصيات المعتبره فى اللفظ:]

قوله (تاره يقع فى موادّ الالفاظ

ما ذكره ره من الاقسام الثّلاثه راجع الى جهه العقد و هناک جهتان اخريان راجعتان الى قصد اللّفظ و الى حيثيّه الخطاب و لا بأس بالتعرّض لهما على وجه الاجمال امّا الجهه الاولى فيشترط ان يكون قاصدا للّفظ بخصوصيّه فلو قصد الفعل و تلفّظ ببعت مثلا لم ينعقد و كذا لو قصد غير اللّفظ الصّريح و تلفّظ بالصّريح و كذا لو قصد الانشاء بلفظ صريح خاصّ و تلفّظ بغيره سهوا كما لو قال ملكّت بدل قصد الانشاء بلفظ بعث و كذا لو قصد الانشاء باحد اللّفظين مردّدا و تلفّظ باحدهما و كذا لو تلفّظ بألفاظ متعدّده و لم يعيّن انشائه فى واحد منها بشخصه كما لو قال بعث و ملّكت فى مقام البيع و زوّجت و انكحت فى مقام النّكاح سواء قصد الانشاء بجنس ما يقع به البيع او النّكاح اى قصد الانشاء الكلّى الصّادق على كلّ من اللّفظين او قصد الانشاء فى ضمن واحد مردّد منهما لا على التّعيين او قصد الانشاء بما هو المؤثّر منهما عند اللّه تع و ان لم يكن معيّنا عنده او قصد الانشاء بهما منضما بان يكون كلّ واحد منهما جزء للعقد نعم لو قصد الانشاء بكلّ منهما مستقلّا لغى الثّانى و لكن يكون فاصلا بين الايجاب و القبول او بين اجزاء الايجاب و هو خلاف الاحتياط و كذا لو قصد الانشاء بالأوّل مستقلّا و ذكر الثّانى احتياطا جاء الاشكال المذكور من لزوم الفصل و لو قصد الانشاء بالثّانى مستقلّا لغى الاوّل و صحّ العقد باعتبار اللّفظ الاخير و قبوله المتّصل به و كذا ينعقد بالثّانى لو ذكر الاوّل توطئه له و لو جمع بين الالفاظ بان قصد إنشاء الايجاب باحد اللّفظين و وقع القبول بعده متّصلا ثمّ قصد الايجاب بالآخر و وقع القبول كذلك و هكذا صحّ العقد الاوّل و لغى الثّانى لانّ تأثيره يكون من تحصيل الحاصل و لو قصد بالعقد الثّانى الاحتياط بعد قصد الانشاء بالاوّل جازما من دون تردّد كما هو الشّأن فى جميع الاحتياطات فلا بأس و امّا الجهه الثّانيه فهى انّه لا بدّ من قصد مخاطب خاصّ مستقلّا فلو قال بعث من غير قصد مخاطب و سمع واحد ذلک فقال قبلت لم يصحّ و كذا لو قصد مخاطبا لا على وجه التّعيين و قال بعت او قال بعت احدكما و قال احد المخاطبين قبلت و كذا لو قصدهما فى إنشاء واحد على سبيل الاستقلال و ان قال احدهما قبلت نعم لو قصدهما على سبيل الاشتراک صحّ و وقع البيع مشتركا

فان قلت كما يصحّ الانشاء الطّلبى المتعلّق باحد الشّخصين كما فى الواجبات الكفائيّه او باحد الفعلين كما فى الواجبات التّخييريّه فما وجه الامتناع فى الانشاء العقدى

قلت يمتنع تعلّق الانشاء الايجادى بالمبهم فى حال صدوره و تحقّقه فانّ الانشاء الايجادى لا بدّ له من متعلّق يقوم به حال صدوره لانّ الايجاد المعتبر فى العقود غير الايجاد الحاصل فى سائر الانشائيّات و ذلک لانّ الهيئه فى غير العقود من الانشائيّات

موضوعه لايجاد النسبه و بايجاد النّسبه اذا كان المتكلّم فى مقام البعث يتحقّق مصداق للامر و التّخيير الحاصل بين فردى المكلّف او المكلّف به انّما يحصل بعد ايجاد النّسبه الّذى هو مدلول الهيئه و امّا الهيئه فى العقود الانشائيّه فهى موجده للنّسبه و المادّه و ان شئت قلت انّ الانشاء فى العقود نظير الإراده التّكوينيّه حيث انّها علّه لايجاد المراد و يستحيل تعلّقها بالكلّى او بامر مبهم مردّد و امّا الطّلب الانشائى و الإراده التشريعيّه فحيث انّه من الصّفات الحقيقيّه التى تكون لها ما بحذاء فى الخارج و لها نوع اضافه بمتعلّقها كالعلم و الوصيّه لا ضير فى تعلّقه بامر مردّد و كما يصحّ العلم بنجاسه احد الثّوبين باعتبار انّ معلومه مردّد بينهما يصحّ تعلّق الطّلب بامر كلّى كالصّلاه الغير المقيّده بزمان او مكان و بامر مردّد بين شيئين و ذلك لانّ الموضوع بهذا الوصف صار معروضا للطّلب و المطلوب فى الواقع ليس الّا ذلك و امّا البيع المنشأ بالعقد فهو كالاراده التّكوينيّه و حيث انّ المراد يوجد معها و لا ينفكّ عنها فلا بدّ ان يكون معيّنا حتّى يوجد فى الخارج

قوله (امّا الكلام من حيث المادّه فالمشهور)

هذا احد الأقوال فى المسأله و ثانيها الحصر فى لفظ بعت و هو المنقول عن ابن ادريس و ابن سعيد فى الجامع ثالثها الحصر فى بعت و شريت و ملّكت كما عن ظاهر جامع المقاصد رابعها ما يدلّ على البيع بالدّلاله اللفظيه الوضعيّه سواء كان الدالّ نفس اللّفظ الصّريح او القرينه اللفظيّه الصّريحه كاعطيتك بناء على انّه بيع و هو الظّاهر من المتن خامسها انعقاده بكلّ لفظ مجازا كان او حقيقه و هو المنقول عن جماعه منهم شيخنا الشّهيد فى لك سادسها الصحّه بالمجازات القريبه دون البعيده منها سابعها الصحّه بالمجازات القريبه اذا كانت القرينه فيها لفظيّه بخلاف البعيده و القريبه الّتى كانت القرينه فيها حاليّه

قوله (و لعلّ الاحسن منه ان يراد باعتبار الحقائق)

حاصله انّ اللّفظ الّذى ينعقد به العقد لا بدّ ان يكون حقيقه او مجازا و القرينه لفظيّه فالمجاز الممنوع ما كان مقرونا بالقرائن الحاليّه بعيده كانت او قريبه و المجوّز ما كان مقرونا بالقرينه اللفظيّه و لو كانت بعيده و فيه أوّلا انّ هذا الجمع ليس له شاهد و هو مجرّد استحسان لا دليل عليه و ثانيا انّه خلاف ما نقله من كلماتهم الدالّه على وقوع البيع بكلّ لفظ يدلّ عليه مثل ما حكى عن المحقّق انّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص و مثل ما حكى عن الاكثر من تجويز البيع حالا بلفظ السّلم اذ لا ريب فى ظهور امثال هذه العبائر فى تجويز البيع بكلّ لفظ او بلفظ السّلم و تعميمها من حيث القرائن الحاليّه و اللفظيّه و كيف يصحّ حملها على خصوص ما كان مقرونا بالقرينه اللفظيّه و ثالثا انّه ان اراد تحقّق الانشاء بلفظ المجاز و الاتيان بالقرنيه اللفظيّه للتّصريح و تعيين العنوان من انّه بيع او صلح مثلا فلا فرق فى كون المصرّح و المعيّن لفظا او شيئا خارجا و ان اراد انّ الانشاء يتحقّق فى المركّب من القرينه و

و ذيها بحيث يكون القرينه جزء للفظ و يكون المجموع بمنزله بعت فهذا خلاف البداهه و القواعد العربيّه فانّ قصد الانشاء انّما يتحقّق بذى القرينه و تكون هى كاشفه و مبيّنه لما اريد منه و رابعا انّ بناء على ما ذكره فلا وجه للاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظىّ او المعنوىّ اتّكالا على القرينه الحاليّه بل اللّازم ح هو الحكم بالبطلان و هذا خلاف ما اطبقوا عليه فانّ الظّاهر اكتفائهم بالالفاظ المشتركه مط و لو كانت القرينه فيها حاليّه كالانشاء ببعث فى بيع السّلم و القرينه حاليّه و على ایّ حال فان ارادوا من الصّراحه ما كان صريحه بحسب الوضع انحصر العقد فى الالفاظ الحقيقيّه و يدخل فيه المشتركات و لو كانت القرائن المعيّنه حالها و ان أرادوا و امنها ما كان صريحا ای معتبرا عند العرف بحيث يعتنون بها فى بيان مقاصدهم و ابراز مطالبهم انحصر العقد فى الحقائق مختصّه او مشتركه لفظا او معنى و ما يقرب منها من المجازات القريبه سواء كانت القرينه لفظيّه او غيرها دون البعيده منها و ان أرادوا منها ما لا يكون مجملا فى اداء المراد شمل الصّريح كلّ لفظ كان كذلك حتّى المجازات البعيده و الاقرب عندى بالنّظر هو اشتراط الصّراحه بالمعنى الثّانى و وجهه ما اومأنا إليه

[فى ذكر ألفاظ الإيجاب و القبول:]

قوله (ذكر العوض افاد المجموع المركّب)

و فيه منع كونه مشتركا بين البيع و الهبه معنى بل هو مشترك بينها و بين سائر المعاوضات من الهبه المعوّضه و الصّلح و البيع و الاجاره فمجرّد ذكر العوض لا يصيّر العقد بيعا نعم بعد ذكر القرينه كان يقول ملّكتك على ان يكون بيعا يصير بيعا و ان قلنا بعدم الجواز فى غير مادّه التّمليك كما عن كاشف الغطاء فى شرح القواعد انّ البيع لا ينعقد بذكر الالفاظ مقيّد بالبيع كان يقول اعطيتك على ان يكون بيعا لوضوح الفرق بين مادّه التّمليك و غيرها فانّ الظّاهر كون الاولى مشتركا معنويّا دون غيرها فالقرينه فيها معيّنه و فى غيرها صارفه

قوله (مع انّ المحكىّ عن جماعه من اهل اللّغه اشتراكه)

و على هذا ففى صوره الاشتباه لو قال احدهما أوّلا بعت و قال الاخر ثانيا اشتريت يحكم بكون الاوّل بايعا لظهور لفظ بعت فى كون المتكلّم به بايعا و لظهور كون السّابق بايعا و لاصاله الحمل على الصحّه بناء على اشتراط تقديم الايجاب على القبول و كذا لو قال الثّانى أيضا بعت و لو قال الاوّل شريت و الثّانى بعت يمكن الحكم بالتّحالف و عدم ترتيب آثار البائعيّه و المشتريتّيه على واحد منهما لتعارض الامارتين و هى غلبه الوجود من جهه كون المقدّم بايعا و غلبه الاستعمال و هو استعمال بعت فى البائع و شريت فى المشترى و يمكن الحكم بكون الاوّل مشتريا بترجيح غلبه الاستعمال على غلبه الوجود و فى الحقيقه ترجيح من حيث الدّلاله اللفظيّه و هذا بناء على عدم اشتراط تقديم الايجاب على القبول

قوله

المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويّه)

اعلم انّ لصيغه الماضى بحسب الوضع اللّغوى معنى يلازمه التحقّق و الثّبوت و انّما قلنا يلازمه التّحقق لما قد بيّن فى محلّه انّ دلاله الماضى على الزّمان ليست بالوضع اى اقترانه بالزّمان ليس جزء من المعنى الموضوع له بان يكون لمعناه جزءان احدهما نسبه الفعل و الثّانى اقتران الزّمان بل دلالته على الزّمان بالملازمه فانّ معنى الماضى بحسب الوضع معنى يلزمه الاقتران بالزّمان السّابق و اذا كان كذلك فدلالته على التحقّق و الثّبوت بالملازمه و اذا استعمل خبرا كان الغرض الاخبار عن نسبه متحقّقه و اذا استعمل إنشاء كان الغرض ايجاد المادّه و هو النّسبه المتحقّقه بهذه الهيئه الماضويّه فمعنى الماضى كان خبرا او إنشاء معنى يلازمه التحقّق و الثّبوت و امّا معنى صيغه المضارع بحسب الوضع هو التلبّس اى تلبّس الفاعل بالفعل و تلبّسه ملازم لتحقّقه و المضارع بالمعنى الاصلى الموضوع له لا يدلّ على التحقّق بل دلالته عليه بملازمه دلالته وضعا على التلبّس فانّ معنى المضارع اسناد التلبّس كاسم الفاعل و ان كان بينهما تعاكس فى النّسبه الابتدائيّه فانّ اسم الفاعل وضع لنسبه الفاعل بالفعل و فعل المضارع لنسبه الفعل بالفاعل و امّا معنى صيغه الامر بحسب الوضع هو طلب الفعل او القاء نسبه المادّه الى الفاعل و لا مدخليّه للتحقّق او التلبّس فى معنى الطّلب اذا عرفت هذا فاعلم انّ قصد الانشاء بصيغه الماضى هو عين معناه الحقيقى فانّ معناه التحقّق و المنشئ قصد بانشائه هذا ايجاد النّسبه المتحقّقه و بعباره اخرى المنشأ قصد ايجاد النّسبه المتحقّقه بما هو آله له من صيغه الماضى لما بيّنا انّ معناه هو النّسبه المتحقّقه الى الفاعل فإيجاد النّسبه المتحقّقه اى تحقّق المنشأ بهذه الهيئه اى الماضويّه حقيقىّ فانّه عين معناه المطابقى و امّا قصد الانشاء بالمضارع فلا يكاد يصحّ لما عرفت انّ معناه الحقيقى هو التلبّس و لذا كان معناه الحقيقى مجرّدا عن القرينه هو المعنى الحالى و اذا اريد الاستقبال لزمه القرينه من سين او سوف و اذا كان كذلك لا يمكن قصد الانشاء اى ايجاد النّسبه المتحقّقه بهذه الهيئه لانّه بحسب الوضع لا يدلّ على التحقّق نعم يلزم التلبّس التحقّق فدلالته على التحقّق ليست بالوضع فليس صريحا فيه فإراده التحقّق ليست معنى حقيقيّا و قصد الانشاء به لما يلزمه من التحقّق دائر مدار القول بالكنايات و استعماله فى العقود غير متعارف بين الاصحاب و امّا الامر فهو أسوأ حالا من المضارع لما عرفت انّ حقيقه معناه هو طلب الفعل فقط من دون جزئيّه التحقّق او التلبّس فاذا قصد الانشاء يصير طلبا و استدعاء للايجاب لا انّه ايجاب و اذا اردت الايجاب ممّا لا يدلّ عليه بالحقيقه و لا بالالتزام فعليك باثبات صحّه الكنايات فى باب العقود و امّا الاخبار الوارده المتضمّنه للقبول بلفظ الامر فهى ليست فى مقام الايجاب و

القبول بل فى مقام ذكر المقدّمات من الخطبه و غيرها ثمّ انّ ادّعاء جعل الشّارع صيغه المضارع و الامر آله للانشاء و الايجاب و لو لم يدلّا بحسب الوضع اللّغوى على التحقّق و بسبب جعله آله يدلّان عليه تحكّم محض

قوله (و لعلّه لاطلاق البيع و التّجاره و عموم العقود)

استشكلوا فى التمسّک بايه الوفاء بوجوه الاوّل ما عن العلّامه من انّ مفادها لزوم الوفاء بالعقد على حسب ما يكون مؤدّاه ان جائزا فعلى حسب جوازه و ان لازما فعلى حسب لزومه و لا يمكن التمسّک بالآيه الّا بعد معلوميّه لزوم العقد او جوازه و فيه انّ اللّزوم و الجواز من احكام العقد و لزوم الوفاء انّما هو بالنّسبه الى ما يقتضيه العقد مضافا الى انّ هذا الوجه يقتضى عدم التمسّک بها فى اثبات لزوم عقد و هذا لا يمنع من التمسّک بها لاثبات الصحّه عند الشّک فى الصحّه و الفساد الثّانى انّ العقود مفسّره بالعهود المأخوذه فى خصوص خلافه امير المؤمنين عليه السّلام و هى كانت فى عشره مواطن و لا بدّ ان يحمل عليها و لا يتعدّى عنها و فيه انّ مع التّسليم لا وجه لاختصاص الآيه بتلک العهود بل الظّاهر منها شمولها للعهود و العقود المتعارفه أيضا الثّالث انّ الخطابات مختصّه بالمشافهين و الآيه نزلت فى سنه حجّه الوداع بعد نزول معظم الآيات فى زمان كاد أن ينقطع الوحى فيحمل على العقود الصّادره الواقعه من المخاطبين الى حين صدور الخطاب و عن عوائد النّراقى ره انّ سبق العقود على الآيه يصلح ان يكون قرنيه لصرف الآيه إليها و فيه انّ الحمل على خصوص الصّادره مع انّ الحكم محمول على الطّبيعه لا وجه له و هذا من الوضوح بمكان و هل يصحّ حمل قول الشّارع الكلب نجس مثلا على خصوص الكلاب الموجوده فى زمان صدور الخطاب الرّابع انّه لو سلّم كون الصّيغه الفاقده لبعض الخصوصيّات كالماضويّه و غيرها من الشّرائط المشكوكه عقدا و سلّمنا كون الجمع المحلّى باللّام مفيدا للعموم لغه لا يمكن التمسّک بعموم الآيه من حيث خروج اكثر العقود منها بالاجماع كالعقود الجائزه و اغلب العقود الفاسده و من الواضح انّ بإزاء كلّ عقد صحيح مشتمل على شرائط معلومه عقودا فاسده لانّ بانتفاء كلّ شرط يصير العقد فاسدا فلا بدّ بعد الاجماع المذكور و لزوم تخصيص الاكثر من حمل العقود المامور بالوفاء بها على العهود المتعارفه فى زمان الخطاب و دخول ما يتمسّكون له بها غير معلوم و فيه انّ لزوم تخصيص الاكثر انّما يكون بناء على حمل العقود على عموم الافراد و امّا لو حمل على عموم الانواع فلا توضيحه انّ العموم بالنّسبه الى العقود يتصوّر على وجوه ثلاثه احدها العموم بحسب الافراد الخارجيّه ثانيها بحسب الاصناف كالبيوع العربيّه و الّتى سبق ايجابها على القبول و الّتى كانت بصيغه الماضى و نحوها و ثالثها بحسب الانواع كالبيع و الصّلح و الاجاره و غيرها و لزوم تخصيص الاكثر فى الوجه الاوّل انّما هو بخروج اكثر الافراد و ان كان الخارج بعنوان صنف او نوع واحد جامع لها كما

لو قال يجب الوفاء بكلّ عقد الّا ما كان غير عربىّ و كان اكثر الافراد المتحقّقه فى الخارج على غير وجه العربيّه و فى الوجه الثّانى انّما هو بخروج اكثر الاصناف و ان كان خروجها بعنوان او احد نوعىّ جامع لها و لا مدخليّه لاكثريّه الافراد و اقليّتها فى ذلك و فى الوجه الثّالث انّما هو بخروج اكثر الانواع و لا مدخليّه لاكثريّه الاصناف و الافراد و اقليّتها فى ذلك و اذا كانت الآيه مسوقه لعموم الافراد امكن ان يقال بخروج اكثر الافراد بالتقريب المتقدّم و لكنّ الظّاهر و لو بقرينه تمسّك الاصحاب قديما و حديثا بها هو الحمل على العموم باعتبار الصّنف او النّوع و كون الخارج باحد الاعتبارين أيضا اكثر ممنوع جدّا هذا مضافا الى انّ عمومها لو كان بحسب الافراد فكون الخارج اكثر ممنوع أيضا لانّ المراد من الافراد انّما هو الافراد المتحقّقه الواقعه فى الخارج لا الافراد الممكنه و الافراد المتحقّقه فى الخارج من العقود اكثرها صحيحه لا فاسده و كذا لا يتّجه الايراد بالعقود الّتى لم يمضها الشّارع فانّ الافراد المتحقّقه منها فى الخارج و ان كانت كثيره الّا انّها ليست باكثر من الباقى تحت العموم و المدار فى الاستهجان العرفى انّما هو بالاكثريّه لا بالكثير و على ایّ حال فالظّاهر انّ الآيه مسوقه لبيان انواع العقود دون افرادها و عليه يصحّ الاستدلال بها للصحّه بل اللّزوم فى كلّ ما شكّ من افرادها و اصنافها كما انّه يصحّ لمن ذهب الى انّها مسوقه لعموم الانواع المتعارفه الاستدلال بها فى كلّ ما شكّ فيه من افراد الانواع المتعارفه و اصنافها دون غيرها الخامس انّه اذا كان صحّه عقد معلوما لا شكّ فيها صحّ التمسّک بالآيه لاثبات اللّزوم و أمّا اذا شكّ فى صحّه عقد و فساده لا يصحّ التمسّک بها لاثبات الصحّه لانّها ليست فى مقام بيان أصل الصحّه بل هى وارده لبيان حكم اخر و هو بيان لزوم ما هو صحيح و فيه ما تقدّم انّ اللّزوم و الجواز من احكام العقد و الآيه فى مقام بيان لزوم الوفاء بمؤدّى العقد و هذا معنى الصحّه السّادس انّ الآيه لا عموم لها لانصرافها الى العقود و العهود المتعارفه و العقد المنشأ بغير لفظ الماضى و ما كان فاقدا للموالاه بين الايجاب و القبول و نحو ذلک لم يعلم دخوله فى الآيه حتّى يتمسّک بها لصحّته و فيه انّ الظّاهر من الآيه هو العموم و الشّمول لكلّ عقد سواء كان الشّک راجعا الى ناحيه السّبب كالامثله المذكوره او كان راجعا الى ناحيه المسبّب فلو فرض مسبّب لم يكن متعارفا فى السّابق و فى زمان الشّارع و صار متعارفا بعده من استيفاء مال او عمل و كان صادقا عليه عنوان المعامله و لم يصدق عليه احد العناوين الفاسده جاز التمسّک لصحّته بعموم الآيه و لا وجه لدعوى إراده العهد من اللّام او انصراف مدخولها اصلا السّابع انّ بعد قيام الاجماع على اعتبار الايجاب و القبول اللّفظيين و اعتبار بعض الخصوصيّات فى العقد فى الجمله لا يمكن التمسّک بالعموم لانّ ما قام عليه الاجماع مردّد بين مطلق اللّفظ الصّادق على الكلّ و المعهود الّذى هو بعض معيّن و حيث انّه دليل لبّى لا بدّ من الأخذ بالمتيقّن فى مواضع الخلاف نعم لو كان المقام من اجمال المخصّص المنفصل

و دورانه بين الاقلّ و الاكثر لزم العمل بالعامّ فى مورد الشّک و لکنّه ليس کـذلک بل من التّقييـد بالمجمل المردّد بين المتباينين و ليس من بـاب اللّفـظ حتّى يؤخـذ بعمومه او اطلاقه فاللّازم هو الاحتياط عنـد الشّک فى شـروط اللّفظ من العربيّه و الماضويّه و غيرها مؤيّدا ذلک بالاصل المؤسّس فى ابواب المعاملات و هو اصاله الفساد

[مسأله فى شرطيه الترتيب بين الإيجاب و القبول]

قوله (و التّحقيق انّ القبول امّا ان يکون الخ

اعلم انّ العقود باسرها على قسـمين الاوّل العقد المعاوضـى و هو ما يتضمّن الاعطاء و الأخذ من الطّرفين و يتوقّف على الالزام و الالتزام من الموجب و القابل کالبيع فانّ الموجب ينشئ امرين احدهما نقل ماله الى المشترى و الثّانى تملّک مال المشترى عوضا عن مـاله و کـذا القابـل ينشـئ امرين احـدهما ملکيّته للمبيع و انفـاذ ما اوجـده البائع و الثّانى تمليک ماله للبائع عوضا عن تملّکه للمبيع فکلّ منهما يخرج ماله الى صاحبه و يـدخل مال صاحبه فى ملکه الّا انّ الادخال فى الايجاب مفهوم من ذکر العوض و فى القبول مفهوم من نفس الفعل و الاخراج بالعکس فکلّ منهما ينشئ امرين احدهما بالمطابقه و الثّانى بالالتزام و الموجب يخرج و ينقل ماله الى المشترى مطابقه و يـدخل مال المشترى بتملّکه عوضا عن ماله التزاما و القابل يخرج بتمليک ماله عوضا عن تملّکه التزاما و يدخل بتملّک المبيع مطابقه و حقيقه جميع العقود المعاوضيّه التّمليک من الطّرفين بان يملّک کلّ منهما صاحبه عوضـا عمّا يتملّکه الثانى العقود الغير المعاوضـيّه و هو على قسمين الاوّل ما يتضمّن الاعطاء من طرف و الأخذ من الاخر و ذلک بتحقّق الانشـاء من الموجب و القبول من الاـخر کـالرّهن و الهبه و القرض و الثّـانى العقود الاـذنيّه الّتى لاـ تحتـاج الى الانشاء و لا يثبت القابل فيها اعتبارا ازيـد من الرّضا بالايجاب کالوکاله و العاريه و الوديعه امّا الاخير و هى العقود الاذنيّه فيجوز تقـديم القبول فيها على الايجاب مط بایّ لفظ کان من قبلت و رضيت و غيرهما لانّ فيها يکفى من القابل مجرّد الرّضا الباطنى بل ينعقد عقدها و لو لم ينشـئ النّاقـل على طبق رضاه لفظا لما عرفت من کفايه الرّضا الباطنى فالعقود الاذنيّه و هى الّتى لا تحتاج الى خلع و لبس و لا يعتبر فيهـا الادخـال و الاـخراج يجوز تقـديم قبولهـا على الايجـاب مـط کما انّه لا يعتبر فيها الموالاه بينهما و امّا القسم الاوّل من العقود الغير المعاوضـيّه و کذلک العقود المعاوضـيّه کالبيع و الاجازه و المزارعه و ما يشبه العقد المعاوضى کالنّکاح و الخلع لما عرفت انّ فى قبولهـا امرين ايجاد لما انشأه الموجب و انفاذ له و ايجاد لتمليک العوض فمن حيث انّ القبول فيها يتضـمّن انفاذ ما انشأه الموجب کان حکمها حکم العقود الغير المعاوضـيّه ففيهما تفصـيل و هو انّ القبول امّا ان يکون بلفظ قبلت و رضـيت و امّا ان يکون بغيرهما من الهيئات الوارده على مادّه تناسب بابها نحو ابتعت و اشتريت و تملّکت و تزوّجت و ارتهنت

و هكـذا و امّـا ان يكون بصـيغه الامر كـان يقول القائـل بعنى فيقول البائع بعتك فاذا كان بلفظ قبلت لا يجوز تقـديمه لانّ هـذه اللّفظه فرع الايجـاب و هى انفـاذ لمـا اوجـده الموجب و لا يعقل تقـدّمه عليه و ليس المراد من القبول فى القسـمين مجرّد الرّضـا بالايجـاب حتّى يقال انّ الرّضا بامر ليس تابعا لتحقّق ذلک الامر فى الخارج و لا تابعا لرضا الموجب بل المراد منه ما هو تابع لما اوجـده البـائع و مطـاوعه له على وجه يتضـمّن إنشـاء نقل ما له فى الحال الى الموجب على وجه العوضـيّه و هـذا لا يتحقّق الّا مع تاخّره اذ مع تقدّمه لا يتحقّق النّقل فى الحال و لا يمكن قبول ما ينشاه الموجب فى المستقبل فانّ ايجاد القبول فى الحال مع كون الايجاب يوجـد فى المسـتقبل عين ايجاد المتناقضـين و من قبيل الاضـمار قبل ذكر المرجع و لا يخفى انّ ما ذكرنا من العلّه لعدم جواز التّقديم ينحلّ الى جهتين الأولى كون النّقل الحاصل منه بالرّضا انّما يكون على وجه المطاوعه و لازمه عدم تحقّقه الّا حين تحقّق الايجاب و الثّانيه وجوب كون النّقل حاصلا حين القبول و ذلک لا يمكن الّا مع تأخّره اذ فى صوره التقدّم يلزم التّناقض و لا يتوهّم انّ اللّازم فى المطاوعه كونها اضـطراريّه كالانكسار المترتّب على الكسـر و القبول امر اختياريّ فلا يعقل فيه المطاوعه و ليس الّـا مجرّد الرّضا بالايجاب لانّها فى الامور الخارجيّه لا تكون الّا كـذلک و امّا فى الامور الاعتباريّه كاعتبارها فى الانشاء فلا بـأس بـان تكون اختيـاريّه و لا يقاس القبول بانشاء الاجاره الرّاجعه الى السـنه الآتيه مثلا فانّ هناک ليس تعليقا لا فى الانشاء و لا فى المنشأ و الملكيه تحصـل فى زمـان الانشـاء و المتـاخّر هو المملوک كمـا انّ فى السّـلم أيضا تحصل الملكيه بنفس الانشاء و المملوک متأخّر و لا يقاس أيضا بالوصـيّه و التّـدبير فانّهما من باب التّعليق فى المنشأ الّـذى هو نظير الواجب المعلّق و لا مانع منه عقلا و انّما لا يصـحّ التّعليق فى البيع و شـبهه للاجماع و هـذا بخلاف التّعليق فى الانشاء فانّه محال لما عرفت من انّ الايجاد فعلا ينـاقض الايجـاد على فرض وجود شـى ء اخر سواء كان المعلّق عليه معلوما او مشـكوكا و ظهر ممّا ذكرنا انّ القبول بلفظ الامر لا يصـحّ لانّ الامر بعـد تجريده عن الالزام لا يدلّ الّا على اسـتدعاء المعامله و طلب المعاوضه و هذا ليس قبولا لانّ غايه الامر دلاله طلب المعاوضه على الرّضا بها و لكن لم يتحقّق بمجرد الرّضا بالمعاوضه المستقبله نقل فى الحال الى البائع و دعوى منع الصّغرى تـاره بـانّ القبول ليس ايجاديّـا و منع الكبرى اخرى بانّ ايجاد الامر المتاخّر لا محـذور فيه ناش عن عـدم معرفه حقيقه القبول فى العقود المعاوضـيّه و اذا كان بغير لفظ قبلت من الهيئات الوارده فينبغى تحرير الكلام فى مقامين الاوّل فيما ينعقد القبول فيه بهذه الهيئـات و مـا لا ينعقـد الّـا بلفظ قبلت و الثّانى فى جواز التّقـديم فيما ينعقـد القبول بها امّا المقام الاوّل فالعقود الغير الاذنيّه على قسـمين احـدهما مـا يكون بين الموجب و القابل تفاوت بحسب المنشأ كالبيع فانّ البائع ينشأ التّمليک و المشترى ينشأ التملّک و ثانيهما ما لا يكون بينهما تفاوت كذلک و ينحصـر هذا القسم مصداقا فى الصّلح فانّ المنشأ فى كلا الانشائين واحد و كلّ منهما ينشئان التّسالم

على العوضين و لا بدّ من مميّز يفترق به الموجب عن القابل اذ لو وقع الانشاء من القابل بلفظ صالحت او تسالمنا او تصالحنا او غير ذلك من الهيئات الوارده على مادّه تناسب الصّلح لم يعلم انّه قابل أم موجب لصحّه إنشاء المتسالم عليه ابتداء من كلّ منهما و لا يحصل التّمييز الّا بان يكون القبول بلفظ قبلت و رضيت

فان قيل اذا إنشاء بلفظ الصّلح او التّسالم يحصل التّمييز بكون البادى منهما موجبا لصدقه عليه عرفا

قيل انّ القبول فى الصّلح لا بدّ و ان يكون انفاذا لما انشأه الموجب كما تقدّم وجهه و اذا إنشاء كلّ منهما بلفظ صالحت يلزم تركيب العقد من ايقاعين لا يرتبط احدهما بالآخر و ارتباط الانشاء الثّانى بالاوّل ليكون انفاذا له ينحصر فى قبلت فالعقد الغير الاذنى اذا لم يكن بين جزئيه تفاوت بحسب المنشأ ينحصر قبوله فى قبلت و رضيت و لا يجوز بلفظ آخر يناسبه ثمّ انّه يجب تأخير القبول فيه من ايجابه لما سبق انّ فى مادّه القبول خصوصيّه لاجلها لا يصحّ إنشاء النّقل به الّا اذا وقع متأخّرا و ما يكون فيه تفاوت بين الموجب و القابل ينعقد القبول فيه بجميع الهيئات المناسبه و امّا المقام الثّانى فيجوز التّقديم فى غير لفظ قبلت لانّ تلك العقود ليست حقيقتها قائمه بعنوان المطاوعه كى لا تتحقّق الّا بتقديم الايجاب بل العقد فيها عباره عن إنشاءين مرتبطين عند المتعاملين بحيث يخرج عن ايقاعين و مفهوم مادّه الاشتراء مثلا ليس كمادّه القبول الّذى لا يمكن الانشاء به الّا بعد وقوع الايجاب من الموجب بل الاشتراء و البيع مفهومان متغايران او إنشاءان مستقلّان نعم يلزم الارتباط بينهما حذرا من خروجهما عن عنوان العقد و كذا لا مانع من تقديم ارتهنت و اتّهبت و صيغ الافتعال و التفعّل و المفاعله ليست كصيغه الانفعال متضمّنه للمطاوعه دائما نعم تفيد المطاوعه اذا تأخّرت عن الايجاب و الّا فنفس الهيئه لا تدلّ الّا على إنشاء الارتهان و اخذ المرهون رهنا و الموهوب هبه و لكنّ المصنّف قدّس سرّه ذهب الى عدم جواز تقديم القبول و ان كان بلفظ اتّهبت و افترضت و ارتهنت مستدلّا بانّ العناوين المطلوبه فى هذه العقود اعنى الاتّهاب و الاقتراض و الارتهان لا تتحقّق بمجرّد القبول الّذى فيه الالتزام بشى ء بل لا بدّ فيها من الرّضا بفعل الموجب فلا ينفكّ عن المطاوعه و الترتّب و يلزمه تأخّر القبول و التّحقيق انّه لا فرق بين العقود المعاوضيّه كالبيع و الغير المعاوضيّه كالرّهن فى عدم اعتبار المطاوعه فيها فالهبه المعوّضه يمكن فيها ايجاد معنى الاتّهاب ابتداء بجعل نفسه متملّكا للموهوب ابتداء كالاشتراء و القرض امّا انّه معاوضه بالمثل او القيمه و امّا انّه عقد يفيد التّمليك بالضّمان اى مضمون على المقترض بغرامه بدله و معنى ضمانه كونه غير مجّانى و على الثّانى فأىّ مانع من إنشاء المقترض التملّك على هذا النّحو ابتداء و على الاوّل فلا اشكال فى امكان انشائه ابتداء كالشّراء و امّا الرّهن فهو عقد يحدث به للمرتهن حقّ فى المرهون و الظّاهر انّه لا يعتبر فى قبوله الّا إنشاء

الرّضا بالايجاب فلا مانع من تقديم القبول بلفظ ارتهنت فتلخّص انّ العقود على قسمين الاوّل ما يتضمّن التّمليك و التملّك من الطّرفين و الثّانى ما لا يكون كذلك و الاوّل على قسمين احدهما ان يكون الالتزام الحاصل من القابل نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالصّلح و الثّانى ما لا يكون كذلك كالبيع و الاجاره و الثّانى أيضا على قسمين احدهما ما يحتاج الى إنشاء من القابل كالرّهن و الهبه و القرض و الثّانى ما لا يكون كذلك و لا يعتبر فيه سوى الرّضا بالايجاب كالوكاله و فى الصّلح لا يجوز القبول بغير لفظ قبلت و لا يجوز تقديمه و فى غيره ممّا يتضمّن التّمليك و التملّك لا يجوز التّقديم اذا كان بلفظ قبلت و يجوز بغيره و كذا فيما يحتاج الى إنشاء من القابل و فى الاخير و هو كلّ عقد اذنى لا ينشأ فيه الّا الاباحه او التّسليط على التصرّف او الحفظ لا فرق فى قبوله بين لفظ قبلت و غيره فى جواز تقديمه

[و من جمله شروط العقد: الموالاه بين إيجابه و قبوله]

قوله (و لعلّ هذا موهن اخر للرّوايه فافهم)

يمكن ان يكون إشاره الى انّه كيف يجعل هذا موهنا للرّوايه مع عدم قيام دليل معتبر على الموالات فلم لا تجعل الرّوايه بناء على ما فهمه الجماعه دليلا على جواز الفصل و عدم لزوم الموالاه و حقّ المسأله ان يقال انّ العقود المعاوضيّه و ما يشبهها كالنّكاح يجب فيها الموالاه و ذلك لأنّها تتضمّن خلعا و لبسا كما تقدّم بيانه فلا بدّ منها و الّا لزم كون الملك بلا مالك فى زمان الحيلوله مضافا الى انّ حقيقه العقد تقتضى الموالاه لانّها امر وحدانى متحصّل من الايجاب و القبول و مفهوم يحصل من الارتباط بين إنشاء احد المتعاقدين بالانشاء الاخر و الامر الوحدانىّ المتحصّل شيئا فشيئا اذا كان له صوره اتّصاليّه لا بدّ فى ترتّب الحكم المعلّق عليه فى الشّرع من اعتبار تلك الصّوره فلو تخلّل بين الانشائين شى ء و انفصل كلّ عن الآخر لم يحصل ذلك الامر الوحدانىّ بل كانا اشبه بايقاعين فوجوب الوفاء المدلول المدلول عليه بالآيه الشّريفه لا يكون الّا مع الاتّصال لعدم كونهما امرا وحدانيّا و عقدا شرعيّا الّا مع الاتّصال

فان قلت لزوم المعاوضه بمقتضى آيه الوفاء يتوقّف على عنوان العقد و قد ذكرتم انّه غير حاصل الّا بالموالات و امّا صحّه المعاوضه فلا تتوقّف على ذلك لانّ ادلّه صحّه عناوين المعاوضات لا تنحصر بالآيه حتّى يقال بانّ المعاوضه الفاقده للموالاه لا يكون عقدا بل و احلّ اللّه البيع و تجاره عن تراض دليلان على الصحّه فالإنشاءان المنفصلان بيع صحيح و ان انفكّ عن اللّزوم و كذا الكلام فى ادلّه سائر المعاوضات و ما يشبهها

قلت قد اجاب بعض المحشّين بما هذا لفظه ليس البيع و التّجاره و الصّلح و النّكاح الّا العقود المتعارفه مع انّ هذا النّحو من المطلقات ليس فى مقام البيان من جميع الجهات هذا مضافا الى عدم امكان التّفكيك بين اللّزوم و الصحّه الّا بدليل خارجىّ من الاجماع و نحوه من جعل الشّارع الخيار للمتعاقدين او جعلهما لانفسهما او للأجنبىّ و الّا فكلّ ما يقع صحيحا و يؤثّر فى

النّقـل لا ينقلب عمّا وقع عليه الّا بمقلّب خارجىّ فما اثّر يؤثّر دائما و هو معنى اللّزوم انتهى و فى الكلّ نظر فانّ الحمل على العقود المتعـارفه مع انّ الحكم محمول على الطّبيعه لا وجه له و قـد سبق منّا الكلام فى ذلك فى طىّ الاشكالات على آيه الوفاء حيث حملها بعضهم على العقود المتعارفه و امّا نفى كون هذه المطلقات فى مقام البيان من جميع الجهات فان اراد منه انّ كون المطلق فى مقـام البيـان من جهه لاـ ينـافى ابهـامه او اجمـاله من جهه اخرى فهو صـحيح و لكنّه لاـ يفيـد نفى جواز التمسّک بالمطلقات المـذكوره كأحـلّ اللّه البيع لاثبـات الصـحّه فى العقـد الفاقـد للموالاـه بين جزئيه و ان اراد نفى كونهـا فى مقـام البيان من الجهه المذكوره اى عدم اشتراط الموالاه فهو دعوى بلا برهان و الظّاهر من اكثر ادلّه عناوين المعاوضات كونها فى مقام البيان و لاجل ظهورها فى العموم او الاطلاق تمسّک الاصـحاب بعمومها او اطلاقها فى مواضع عديـده و اذا كانت مجمله من الجهه المذكوره لم يبق لها جهه تكون لاجلها فى مقام البيان و يصحّ التمسّک بإطلاقها من تلك الجهه ثمّ لا يشترط فى صحّه التمسّک بالإطلاق احراز كون المتكلّم فى مقـام البيـان بالقطع بل لو شکّ فى ذلک و لم تكن قرينه توجب صـرف الكلام الى مقام التّشـريع يحمل على الاطلاـق لاـنّ المرجع فى هـذه المسـأله كمسـأله ظواهر الالفـاظ فهم اهـل المحـاوره لانّهـا من مسائـل ظواهر الالفـاظ و اذا راجعناهم نريهم يحكمون بالارسال و لا يعبئون باحتمال الخلاف اذا لم تكن قرنيه موجبه للابهام او الاجمال بحيث يصحّ عندهم ان يحتـجّ العبـد بالإطلاق على مولاه و يـذمّ عنـدهم العبـد على ترک العمل بالإطلاق او التوقّف كما هو دأبهم فى سائر الاصول اللفظيّه و اذا كـان بنـائهم على ذلـک نسـتكشف انّ اللّفـظ الموضوع للمبهم القابل لان يتشـكّل باشـكال مختلفه ظاهر عنـد عـدم احتفافه بقرينه صارفه فى هذا الشّـكل و بهذا يوفّق بالجمع بين ما نسب الى المشهور من انّ المطلق موضوع لما قيّد بالارسال و ما نسب الى السّـلطان من انّه موضوع لنفس المعنى بلا لحاظ شى ء معه حتّى لحاظ كونه كذلک كيف و لو لم يكن وجه النّسبه ما يتراءى من سـيره المشـهور من التمسّـک بـالمطلق مع عـدم احراز كون المتكلّم بصـدد البيان الزم ان يكون ذكر المطلق فى مقام الابهـام او الاجمـال مجازا مع انّهم يحكمون فى بعض المطلقات انّها ممحّضه لاصل الجعل و التّشـريع من غير التزام بمجازيّتها و لزم أيضـا ان يكون ذكر المطلق فى مقام إراده الفرد او إراده العموم الاستيعابى مجازا أيضا مع انّهم لا يلتزمون بـذلک بل قضيّه الحكمه فى المطلقات تختلف بحسب اختلاف المقامات فربما يقتضـى الحمل على خصوص فرد معيّن و عـدم إراده الشّـياع كما فى صـيغه الامر فانّ اطلاقها بواسـطه قرينه الحكمه يحمل على الوجوب التّعيينى العينى النّفسى و ربما يقتضى الحمل على العموم الاستيعابى كما فى احلّ اللّه البيع و ربما يقتضـى الحمل على العموم البدلى كما فى جئنى برجل فليس للنّسـبه الى المشـهور وجه الّا ما يرى من تمسّكهم بالمطلقات مع عدم احراز كونها فى مقام البيان و غفلوا عن انّ هذا منهم ليس من

جهه كون المطلق موضوعا عندهم للارسال بل من جهه ما يرون من سيره اهل المحاوره فلا تغفل و امّا حديث عدم امكان التّفكيك بين اللّزوم و الصحّه ففيه أوّلا- انّ هذا يؤكّد التمسّك بالإطلاقات لنفى وجوب الموالاه و ثانيا قد تقدّم منّا فى تأييد المحقّق الثّانى حيث حمل قول المشهور بالإباحه فى المعاطاه على الملك المتزلزل قوّه احتمال ان يكون الاصل فى العقود عدم اللّزوم فالصّواب ان يقال لو سلّمنا كون عناوين العقود تصدق عرفا على ما وقع بالصّيغه الفاقده للموالاه فانّ اعتبار وقوع البيع و غيره من العقود المعاوضيّه باللّفظ قد ثبت بالاجماع و من اتّفاقهم على عدم كفايه الفعل فى لزوم المعاطاه و هذا الاجماع دليل لبّى لا يستفاد منه كفايه مطلق اللّفظ بل يكون الشّرط المعتبر به مجملا و مردّدا بين المتباينين و لاجله يمنع من التمسّك بالعموم او الاطلاق و المتيقّن هو ما اشتمل على الصّيغه الخاصّه نعم لو شكّ فى اعتبار شرط اخر فى البيع غير ما يرجع الى شروط الصّيغه كان المرجع هو العموم او الاطلاق و كذا الكلام فى العقود الغير المعاوضيّه كالرّهن الّذى يكون من طرف الرّاهن لازما و من طرف المرتهن جائزا و الهبه الّتى ليس فيها الّا التّمليك من طرف واحد لما عرفت من انّ العقد امر وحدانىّ متحصّل من اتّصال الانشائين و امّا العقود الاذنيّه كالوكاله و العاريه و الوديعه فلا تعتبر فيها الموالاه لانّها ليست عقودا حقيقيّه و اطلاق العقد عليها مسامحه و يكفى فيها كلّ ما يدلّ على الرّضا و ليس فيها أيضا خلع و لبس فينحصر اعتبار الموالاه فى كلّ عقد مركّب من إنشاءين سواء كان معاوضيّا أم لا

[و من جمله شروط العقد: التطابق بين الإيجاب و القبول]

قوله (فلو اختلفا فى المضمون إشاره الى انّ المقصود هو التّطابق فى ذلك لا التّطابق بين لفظى الايجاب و القبول و هذا واضح

[و من جمله الشروط فى العقد: أن يقع كلٌّ من إيجابه و قبوله فى حالٍ]

قوله لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا)

اعتقاد كلّ منهما ببطلان فعل الاخر على قسمين احدهما ان يكون اعتقاد الفساد بنحو القطع و الثّانى ان يكون ناشيا من اصل او أماره قامت عنده لا اشكال فى خروج القسم الاوّل عن محلّ الكلام فانّه من فروع التّخطئه و التّصويب لا من فروع الاجزاء حتّى يكون من محلّ الخلاف و انّ حكمه القضاء او الاعاده فيما كان عباده و ترتيب آثار الفساد فيما كان معامله ثمّ اعلم انّ فى تبدّل الرّأى قام الاجماع على الصحّه اذا كان الفعل عباده فمن اعتقد صحّه عباده ثمّ عدل و اعتقد فساده لا يجب عليه و لا على من قلّده القضاء او الاعاده و كذا لا اشكال فى المعامله الّتى تكون صحيحه باعتقاد شخص و فاسده باعتقاد اخر و لم يكن هناك اثر مشترك بينهما فى الجمله اى فى بعض الموارد فانّ من اشترى مالا و اوقع الصّيغه بالفارسيّه فليس للمجتهد الاخر المعتقد فساده شرائه من مالكه الاصلى و ترتيب آثار الفساد على تلك المعامله بالاجماع و كذا فيمن تزوّج امرأه و اوقع الصّيغه بالفارسيّه او قدّم القبول على الايجاب معتقدا صحّته و امّا فيما كان الاثر مشتركا كما هو مفروض المقام ففيه اشكال لعدم ثبوت اجماع على عدم جواز ترتيب الفساد على المعامله لمن اعتقد فساده

قوله (ممّا لا قائل بكونه سببا فى النّقل)

ای یحصل من ذهاب کلّ منهما الی مختاره عقد لا یقول بسببیّه واحد منهما و لیس المقصود من التّفصیل اعتبار عدم کون العقد المرکّب ممّا لا قائل اصلا بکونه سببا فی النّقل بان یکون خلاف الاجماع فانّه لو حصل عقد علی خلاف الاجماع فهو فاسد قطعا

[مسأله أحکام المقبوض بالعقد الفاسد]

[الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

اشاره

قوله (لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد)

الکلام فی ذلک یقع تاره فی الحکم التّکلیفی و اخری فی الحکم الوضعی امّا الاوّل فالظّاهر عدم جواز التّصرف فی ذلک اذ الجواز فرع الملکیّه و عدمها مقتضی فرض الفساد

لا یقال انّ فساد المعامله لا یوجب ذهاب الاذن و الرّضا بالتصرّف الّذی کان فی ضمن العقد لانّ الجنس لا یتقوّم بفصل خاصّ

لانّا نقول الرّضا امر بسیط و ما به الامتیاز فیه عین ما به الاشتراک و لیس من الجنس المتقوّم بفصول مختلفه حتّی یبتنی علی تلک القاعده و لیس الرّضا الحاصل من المالک من حیث الاذن کالرّضا الحاصل من حیث انّ المقبوض ملک للقابض للجهل بالفساد او للبناء علی الصحّه تشریعا او عرفا الّتی لا تناط بالصحّه الشرعیّه کما فی بیع المقام و الظّلمه و السّراق و اذا کان ما به الاشتراک فی الرّضا عین ما به الامتیاز فان اراد المتوهّم من الرّضا ما یکون من القسم الاوّل فهو یوجب جواز التصرّف بلا کلام و لکنّه خلاف الفرض لانّ المفروض عدم حدوث اذن من المالک قبل العقد الفاسد او بعده سوی الرّضا الحاصل فی ضمن العقد و ان اراد منه الرّضا الحاصل بسبب العقد فالمفروض حکم الشّارع بفساده و عدم ترتّب الاثر علیه و امّا الثّانی فالکلام فی جهتین الاولی عدم الملک لانّه مقتضی فرض الفساد و توهّم کونه من باب المعاطاه و انّ القول الفاسد لا یفسد التّعاطی فاسد فانّ ما حکم بصحّته فی المعاطات هو إنشاء التّملیک و المعامله بنفس الفعل و التّعاطی الحاصل فی المقام انّما یکون من باب الایفاء بالمعامله القولیّه فلا وجه لهذا التوهّم اصلا و الثّانیه ثبوت الضّمان و یدلّ علیه الحدیث المشهور المنجبر ضعف سنده بتلقّی الاصحاب له بالقبول و استدلالهم به علیه فی کثیر من الموارد و دعوی ظهور لفظه علی فی الحکم التّکلیفی فلا یدلّ علی الضّمان ضعیفه جدّا بیان ذلک بعد الغضّ عن فهم الاصحاب و کونه کاشفا عن قرینه خفیت علینا انّ علی الید متعلّق بمحذوف هو خبر للموصول المتاخّر و المحذوف امّا من افعال العموم کالثّبوت و الکون او من افعال الخصوص کالوجوب و اللّزوم و لا اشکال فی انّ المراد من الموصول هو الاموال و الاعیان الخارجیّه و هی لا تصلح لان تکون مبتداء للخبر المتقدّم فلا بدّ من تقدیر مضاف یمکن تعلّق الحکم الشّرعی به و یکون تعلّق المال و الذات الخارجی بالید المراد منها صاحبها باعتبار الاستیلاء باعتبار ذلک المقدّر کالحفظ و الضّمان فان کان هو الضّمان و العهده کان المتعلّق من افعال العموم نحو ثابت و یکون المراد ثابت علی الید ضمان ما اخذت و ان کان غیر الضّمان کان المتعلّق من افعال الخصوص نحو واجب او لازم و یکون المراد

واجب على اليد حفظ ما اخذت فلا كلام فى الاحتياج الى التّقدير و الحذف و انّما الكلام فى تعيين الفعل المقدّر و المضاف

المحذوف و الظّاهر بحسب المتفاهم عند العرف انّ مدخول كلمه على لو كان من الاعيان كان المقدّر هو الضّمان و ما يناسبه و لو كان من الافعال كان هو التّكليف مع انّ الانسب فى خصوص المقام هو تقدير الوضع فانّ وجوب الحفظ حكم بديهىّ مضافا الى انّ حمل الحديث على الحكم التّكليفى يستلزم خلوّه عن بيان حكم الماخوذ بعد التّلف بل يمكن ان يق انّ الجمله متى كانت لبيان الحكم الوضعى لم يحتج الى الحذف و التّقدير اصلا فانّ كلمه على الموضوعه للضّرر تدلّ على الضّمان و العهده كدلاله اللّام على الملك عند الاطلاق فكما انّ اللّام موضوعه لمطلق الاختصاص و تنصرف عند الاطلاق الى الاختصاص المطلق الملازم للملكيه فكذلك على تنصرف عند الاطلاق الى التضرّر المطلق المساوق للضّمان او ملازم له فكما انّ لليد ما اخذت يدلّ على الملكيه من دون حذف و تقدير فكذلك على اليد ما اخذت يدلّ على الضّمان كذلك و هل عموم على اليد يقتضى شموله لكلّ يد عدوانا أم غير عدوان أم يختصّ باليد العدوانى و تظهر الثّمره فى تسليط المالك فى التصرّف و الاذن منه مجّانا المعلوم عدم الضّمان ح بسبب ادلّه معلومه فبناء على الشّمول مط يكون خروج ما علم عدم الضّمان فيه بالتّخصيص و بناء على عدمه يكون خروج ذلك بالتّخصص و الظّاهر هو الاوّل لانّ كلمه على فى الحديث كما فى سائر موارد استعمالاتها ظاهره فى العلوّ و التفوّق و المتعلّق و المورد يتفوّق على مدخول الظّرف و يكون المدخول بمنزله المركوب و متعلّق الظّرف هنا جمله ما اخذت و من الواضح انّ كلمه الموصول عمومه باعتبار صلته و الاخذ عامّ يشمل كلّ ما يستولى الأخذ عليه و لو من دون عدوان فالحديث شامل بإطلاقه لانواع اليد الّا ما خرج عنه بالدّليل كيد الامانه بالمعنى الاعمّ مالكيه كانت و شرعيّه و لذا علّل المعصوم (ع) الحكم بعدم الضّمان فى الامانات بكونه امينا و مؤتمنا و جعل ذلك عذرا لنفى الضّمان فانّه كالصّريح فى انّ الحكم بعدم ضمان الامين انّما هو من جهه وجود المانع و هو كونه امينا لا من جهه عدم المقتضى و لو كان عدم الضّمان من جهه عدم المقتضى لم يكن وجه للتّعليل بذلك و بعباره اخرى يدلّ على عموم على اليد مضافا الى ظهور الجمله بنفسها ادلّه عدم الضّمان فى الامانات فانّها ظاهره لمن راجع إليها فى انّ حكمها من جهه وجود المانع و من هنا استدلّ كثير من الاصحاب بعموم على اليد فى مواضع كثيره منها فى يد الامانه بعد الخيانه و منها فى يد الجاهل و النّاسى مع انّه لا يعقل فيهما الظّلم و المكافاه و مدّعى الاختصاص باليد العدوانى لم يستدلّ الّا بانصراف اليد فى الحديث الى اليد العاديه دون العادله خصوصا بلحاظ تقارنها مع لفظ الاخذ فكانّه فى مقام افاده مكافئه عمله بالضّمان و فيه ما عرفت من انّ المقتضى للاطلاق موجود و لا وجه للانصراف و على مدّعيه الاثبات و انّى له بذلك و بالجمله فالظّاهر من الحديث حيث علّق حكم الضّمان على اليد انّها بمجرّدها مقتضيه للضّمان و لا يشترط فى سببيّتها له شى ء اخر و هذا واضح لا ستره عليه و ليكن هذا بالبال لعلّه ينفعك فيما يأتى من المقال و يدلّ على الضّمان أيضا قوله (ع) فى الامه المبتاعه

و لا يتوهّم انّ الضّمان فى الرّوايه من باب استيفاء المشترى المنفعه و من المعلوم انّ كلّ من استوفى منفعه فهو ضامن كانت العين مضمونه أم لا و ذلك لانّ الاستيلاد ليس استيفاء و ما استوفاه المشترى هو الوطى و المفروض انّ القيمه لم تجعل عوضا له بل للولد و ليس الولد من المنافع المستوفاه و لا من قبيل الاتلاف على المالك أيضا بل هو بمنزله التّلف السّماوى كالدّابه المستاجره بالاجاره الفاسده لو نقصت الدّابه فانّ الدّابه المستاجره كذلك قد يستوفى المستاجر منفعتها بان يركب عليها فهو مستوف و متلف و قد يحبسها فيتلف الحابس منفعتها على المالك فهو متلف على المالك و ليس بمستوف و قد تنقض الدابّه او لا يمكن الرّكوب عليها لخوف فهو تالف لا استيفاء و لا اتلاف و الظّاهر فى المقام كون الولد من قبيل التّلف السّماوى فضمانه يدلّ على ضمان العين بطريق اولى و لا بأس فى المقام بالاشاره الى امرين الاوّل انّ حديث على اليد يدلّ على العموم الازمانى بالضمان من زمان الاخذ الى زمان الاداء بالوضع المستفاد من التّقييد بالغايه و عليه فلو لم يثبت الضّمان حين الاخذ من حيث كون اليد امانيّا ثمّ طرأ الشّك فى ثبوت الضّمان من حيث عروض ما يوجب الشّك فى مفهوم الامانه كان اللّازم التمسّك بالعموم الازمانى فى الحكم بالضّمان و الشّك فى بقاء الحكم المخصّص يرجع الى الشكّ فى زياده التّخصيص و لا يعارضه استصحاب حكم المخصّص لوضوح انّ الاصل اللّفظى مقدّم على الاصل العملى و هذا هو الوجه فى حكمهم بالضّمان فى صوره التعدّى و التّفريط نعم لو كان هناك اصل موضوعىّ كاستصحاب عنوان المخصّص لا استصحاب الحكم قدّم على العامّ فدليل على اليد شموله للافراد و لانواع الاخذ بالإطلاق و دليل الحكمه و للازمان بالعموم و هذا بخلاف آيه الوفاء بالعقود فانّ شمولها للافراد بناء على المشهور من كون دلاله الجمع المحلّى باللّام على جميع الافراد بالوضع يكون بالعموم و للازمان بالإطلاق فلو علم عدم وجوب الوفاء بعقد فى زمان ثمّ شكّ فيه فى زمان آخر كما لو علم بالغبن فى بيع ثمّ شكّ فى كون الخيار الثّابت به هل هو على الفور أم لا كان اللّازم استصحاب حكم المخصّص و هو ثبوت الخيار و عدم اللّزوم و وجوب الوفاء لانّ الشّمول للازمان بالإطلاق انّما يتمّ مع عدم البيان و الاستصحاب المذكور صالح لان يكون بيانا فلا يتمّ التمسّك بالإطلاق و لكنّ الاشكال فى صحّه الاستصحاب فانّ تعدّد الزّمان يوجب تعدّد الموضوع و تمام الكلام فى محلّه الثّانى قد يتوهّم انّ دعوى دلاله حديث على اليد على الحكم الوضعىّ دون التّكليفى لا يجتمع مع دعوى كون الحكم الوضعى منتزعا من التّكليف و ليس هو بنفسه قابلا للجعل كما هو مختاره قدّس سرّه و الجواب انّ النّزاع فى الجعل انّما هو فى مرتبه الثّبوت لا فى مقام الاثبات و النّزاع فى انّ الحكم الوضعىّ هل يحصل و يتحقّق بمجرّد انشائه بعد ما لم يكن كالوجوب الّذى يحصل بمجرّد انشائه او انّه لم يكن صالحا للتحقّق بالانشاء و المنكرون لا ينكرون

صدور قضایا لفظیّه ظاهرها جعل الحکم الوضعی و لکنّهم یقولون انّ المفهوم المدلول علیه بتلک القضیّه اللفظیّه امر اعتباریّ و المنشأ حقیقه هو حکم تکلیفی انتزع منه هذا المفهوم الملقی باللّفظ و لا ضیر عندهم فی قول الشّارع مثلا دلوک الشّمس سبب لوجوب الصّلاه کنایه عن وجوب الصّلاه فی هذا الحال او أنّ الحیض مانع عنها کنایه عن حرمتها کذلک و یرون انّه ان صدر من الشّارع بالنّسبه الی الحکم الوضعی ما ظاهره تعلّق الجعل به کقوله جعلت الشّی ء الفلانی سببا او من اتلف مال الغیر فهو له ضامن الی غیر ذلک فلا بدّ من صرفه عن ظاهره و جعله اخبارا عن جعل حکم تکلیفی ینتزع منه مفهوم یسمّی بالحکم الوضعی و یکون مدلولا علیه باللّفظ و بالجمله لا نزاع فی تغایر المفهومین من الحکم الوضعی و التّکلیفی و قابلیّه کلّ منهما للدّلاله علیه باللّفظ و محلّ النّزاع انّما هو قابلیّه الحکم الوضعیّ للانشاء مستقلّا فی عالم الجعل و التّشریع لا فی مقام الاثبات و دلاله اللّفظ

[قاعده ما یضمن بصحیحه و عکسها]

[البحث فی قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده]

اشاره

قوله (من جزئیّات القاعده المعروفه)

لمّا حکم بثبوت الضّمان فی المقبوض بالعقد الفاسد و کان هذا بإطلاقه منافیا للقاعده المعروفه لشمول ما ذکره أوّلا ما لم یکن مضمونا بصحیحه کالعاریه بل و سائر التّملیکات المجانیّه اراد تحقیق الکلام فی القاعده اصلا و عکسا و بیان مدرکها حتّی یتبیّن حقیقه الحال و یرتفع الاجمال

قوله (انّ المراد بالعقد اعمّ من الجائز و اللّازم)

و المذکور فی اغلب عبارات الفقهاء هو لفظ ما و کلّما و یریدون به الکنایه عن المقبوض باعتبار القبض او ما بحکمه من الاستیفاء للعمل و التّعبیر بالعقد کما فی بعض العبائر لأنّه یوجب الضّمان بواسطه ما یترتّب علیه من القبض و ما عبّر به الاغلب احسن من التّعبیر بالعقد لوجوه منها انّ القبض بنفسه موجب للضّمان و سبب له بلا واسطه بخلاف العقد فانّه سبب بواسطته و بشرط تحقّقه و منها انّ کلمه ما یشمل العقد و الایقاع بل الاحکام کاللّقطه و الشّفعه و منها انّ العقد انّما یکون سببا و لو بالواسطه فی الصّحیح فقط و امّا الفاسد فلا مدخلیّه له فی الضّمان اصلا

قوله (و المراد بالضّمان فی الجملتین)

الضّمان فی اللّغه مأخوذ من ضمن المال بکسر العین بمعنی التزم به و فی الاصطلاح قد یراد به المعنی المصدری کما فی قاعده الخراج بالضمان خلافا لابی حنیفه حیث حمله علی معنی الاسم المصدری فافتی فی قضیّه کراء البغله بعدم وجوب شی ء علی

الرّاكب زائدا على ما تراضيا به و سيأتى تفصيل ذلك إن شاء اللّه تعالى و قد يراد به الاسم المصدرى و هو الحاصل من الضّمان بالمعنى المصدرى و الظّاهر ان ليس لفظ الضّمان فى القاعده الّا بمعناه اللّغوى فكانّ الضّامن بجعله الضّمان او بجعل الشّارع ذلك ملتزم بالمال و متضمّن له و المال مندرج فى ذمّته و صائر فى عهدته فمعنى الضّمان هو تعهّد المال فى الذمّه و اندراجه فيها و هذا معنى واحد يقتضى آثارا مختلفه حسب اختلاف المقامات و ليست تلك

الآثار جزء من معناه و ليس حقيقه الضّمان ما ذكره قدّس سرّه من كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته و دركه عليه فانّ كون الغرامه و الخساره على الضّامن من لوازم معنى الضّمان و كذا كون تلفه فى ملكه فيدخل المال فى ملكه آنا ما فيكون المضمون به تالفا فى ملك الضّامن كما احتمله العلّامه و تبعه صاحب المقابيس و يعطيه بعض العبائر من قولهم لو تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال البائع و مضمون عليه و عليه يلزم دخول المغصوب فى ملك الغاصب فانّ الضّمان فى بعض المقامات يقتضى الدّخول فى الملك آنا ما لدليل خارجىّ مضافا الى انّه لا معنى لكون الإنسان ضامنا لمال نفسه كما انّ الخروج من عهده المضمون به يختلف باختلاف المقامات فقد يقتضى العوض المسمّى و قد يقتضى العوض الواقعى و قد يقتضى اقلّ الامرين و ليس مقتضى الضّمان بقول مطلق لزوم تداركه بعوضه الواقعى كما فى المتن و لا العوض المسمّى نظير الضّمان فى العقد الصّحيح كما عن جمع من الاعلام فانّ الضّمان فى الصّحيح و الفاسد بمعنى واحد و هو ما عرفت من التعهّد و الاندراج فى الذمّه و لزوم المسمّى فى الصّحيح انّما ثبت بدليل خارج و هو امضاء الشّارع الخروج عن التعهّد به و ليس لذلك مدخليّه فى معناه حتّى يقتضى التّفكيك فى القاعده فى معنى الضّمان و مثله الضّمان بالعوض الواقعى فانّه يستفاد أيضا من دليل خارج و منشأ الضّمان فى الكلّ عدم حصول رافعه مع ثبوت مقتضيه بمقتضى اليد كما انّ عدمه بحصول الرّافع و هو اقدام المتقابضين على المجانيّه مضافا الى انّ الضّمان بالمسمّى يخرج العقد من فرض الفساد فانّ عدم الملكيّه فى الفاسد انّما هو لعدم امضاء الشّارع جعل المسمّى عوضا فكيف يعقل صيرورته عوضا بالتّلف و ما ذكره فى المتن من انّه يكفى فى تحقّق فرض الفساد بقاء كلّ من العوضين على ملك مالكه و ان كان عند تلف احدهما يتعيّن الاخر للعوضيّه نظير المعاطاه على القول بالإباحه لا محصّل له لظهور الفرق بينهما فى الغايه فانّ المعاطاه تفيد الاباحه و التّسليط على وجه صحيح شرعىّ و اذا تلف احد العوضين و دخل التّالف فى ملك من بيده آنا ما صار الاخر قهرا عوضا عن التّالف و لا تلازم بين عدم الملكيّه و الفساد و عدم الملكيّه اعمّ منه و عدم الملكيّه فيها ليس لاجل الفساد و هذا بخلاف المقام فانّ الشّارع اذا لم يمض المسمّى فى المقبوض بالعقد الفاسد و حكم بفساده و كان عدم الملكيّه لاجله كيف يمكن صيروره المسمّى عوضا بالتّلف و لعلّ قوله فافهم إشاره الى هذا و بالجمله ما يضمن بصحيح العقد او القبض يضمن بفاسده أيضا بمعنى واحد و ان اختلف الضّمان فيهما بحسب الكيفيّه من المسمّى فى الاوّل و الواقعى من المثل او القيمه فى الثّانى

قوله (و امّا مجرّد كون تلفه فى ملكه)

اى كلّ ما يقتضى صحيحه ان يكون المقبوض لو تلف تلف فى ملكه ففاسده أيضا كذلك و عليه فالهبه الغير المعوّضه الفاسده تدخل فى الكليّه الايجابيّه فانّ صحيحها عند التّلف يقتضى التّلف فى ملك المتّهب ففاسدها أيضا

كـذلك و على مختار المصـنّف يدخل فى العكس كما هو المسـلّم عندهم و ان كان التّلف فى ملك المتّهب بل عليه يعمّ العقد فى الكليّه الايجـابيّه سـائر العقـود التمليكيّه من المعاوضـات و المجانيّات و يختصّ فى السـلبيّه بغير العقـود التّمليكيّه كالعـاريه و الاجاره بالنّسبه الى العين دون المنفعه و الوديعه و سائر الامانات ممّا لا يكون العقد فيه مملّكا و على مختاره ره يختصّ العقد فى الاولى بعقود المعاوضـات و يعمّ فى الثّـانيه سـائر العقود التّمليكيّه من غير المعاوضـات من الوقوف و الصّـدقات و غير ذلك من العاريه و نحوها و يكون موافقا لما يظهر من استدلالهم بعدم الضّمان فى العقود المجّانيه الفاسده بالكليّه السلبيّه و يكون الكليّتان مطردتين فلا اشكال فى بطلان ان يكون معنى الضّمان كون تلفه فى ملكه و ان عرفت المناقشه فى معناه أيضا فلا تغفل

قوله (فالمتعيّن بمقتضى هذه القاعده الضّمان)

يمكن ان يقال لا اشـكال فى ذلك مع إراده العموم باعتبار الصّنف و كان المثالان من باب البيع و الاجاره الّا انّ الظّاهر منهما هو إراده التّمليـك المجّانى كالهبه و نحوها بقرينه القيـد فان كان الصّـحيح منها غير مشـروط بلفظ خاصّ او صـيغه خاصّه كان قول القائل اجرت بشرط ان لا اجره او بعت بلا ثمن هبه صحيحه و الّا كانت هبه فاسده و هى غير مضمونه صحيحه كانت أم فاسده و يؤيّد ذلك انّ العوضيّه مأخوذه فى حقيقه البيع و ارادته مع عدم العوضيّه ممتنعه لانّها من الجمع بين المتضادّين الّا ان يقال انّه لو اراد إنشـاء البيع الشّـرعى كـان محالاـ كمـا ذكرت فلا بـدّ من صـرفه الى الهبه امّا لو اراد التّسـليط المجّانى بعنوان البيعيّه ادّعاء و كانت الحيثيّه الادّعائيّه تقييديّه لا تعليليّه انتفى المقيّد بانتفاء جهته التّقييديّه فلا تمليك مجّانا حتّى يكون هبه فتأمّل

قوله (لكنّ الكلام فى معنى القاعده لا فى مدركها)

انّ هـذا العجيب فـانّ اللّازم كون معناها مطابقا لمـدركها و ما ذكروا لها من التّعليل و ليست وارده فى الاخبار حتّى يمكن التكلّم فى معناها مسـتقلّا و ما ذكروا لها من التّعليل و هو الاقـدام على الضّـمان او المجّانيه بالتّقريب الآتى مقتضاه عـدم الضّـمان فيما لو اسـتأجره بشرط عدم الاجره او باع بلا ثمن فانّه اقدم على المجّانيّه لا على المعاوضه و مقتضى التّعليل هو العموم باعتبار الافراد لا باعتبار الانواع و الاصـناف و المعنى انّ كلّ عقـد صـحيح صدر على وجه التّعويض فالفاسد منه يوجب الضّـمان و ما صدر الاذن فى صـحيحه مجّانا فالفاسـد منه لا يوجب الضّـمان ففى كلّ شـخص من العقود الفاسـده لا بدّ من فرضه صـحيحا فان كان موجبا للضّـمان لكونه من العقود المعاوضيّه فـالفرد الفاسـد منه أيضـا يوجب الضّـمان و ان لم يوجب لكونه من العقود المجّانيّه فالفرد الفاسد منه أيضا كذلك و بهذا المعنى يطّرد القاعده اصلا و عكسا و لا يفتقر الى خروج ما كان موجب الضّمان فى صحيحه هو الشّرط دون العقد و لا فرض الوجود بالفعل للصّحيح و الفاسد و يدلّ على هذا المعنى ظاهر كلمه ما و كلّ

فی جمیع موارد استعمالاتهما فانّه لیس الّا فی الافراد فما صدر مجّانا کالهبه الغیر المعوّضه و الصّلح فی مقام الابراء فاسده و صحیحه لا یوجبان الضّمان و کذلک الاستیجار او البیع بالشّرط المذکور فانّه و ان لم یکن لهما فرد صحیح فعلا و لکن لو فرض الفرد بالخصوص صحیحا کان لا یضمن فکذلک الفاسد و ان کان مجی ء الفساد من نفس الشّرط و هذا أیضا هو مقتضی التّعلیل و لو ارید العموم باعتبار النّوع او الصّنف کان اللّازم لو لم یصرفا عن ظاهرهما الضّمان فیهما لاقتضاء نوع صحیح الاجاره و البیع او صنفهما ذلک بخلاف إراده الفرد فانّ لازمه عدم الضّمان و لو لم یکن له فرد فعلیّ ثمّ انّ الظّاهر من اطلاق کلماتهم عدم الفرق فی الفاسد بین کون الفساد من جهه نفس العقد او فوات ما یعتبر فی المتعاقدین منهما او من احدهما او فی العوضین کذلک او فوات نفس العوض علی اشکال فیه و سواء کان المتعاقدان عالمین بالفساد او جاهلین به او کان احدهما عالما و الاخر جاهلا

[فی بیان مدرک القاعده]

قوله (اللّهمّ الّا ان یستدلّ علی الضّمان فیها بما دلّ)

فانّ المسلم محترم فی نفسه و عرضه و ماله و حرمه ماله کحرمه دمه و عمله محترم أیضا بالضّروره من الدّین و یدلّ علیه الکتاب و السنّه و اجماع المسلمین و عدم الضّمان فی العقود الفاسده المضمونه فی صحیحها بالعوض مناف للاحترام المجعول شرعا فی مال المسلم بعد ان کان التّعاطی بین المتعاقدین علی تبدیل مال بمال فانّ غایه ما اوجب فساد العقد عدم سلامه المسمّی لا سقوط احترام ماله و هذا بخلاف ما اذا کان القبض مجّانا بان یکون التّملیک للغیر تبرّعا او تسلیطه علی الانتفاع له بما او تنزیله منزله نفسه فی اعماله کذلک فانّ عدم الضّمان ح لا ینافی دلیل الاحترام

فان قیل انّ مدلول دلیل الاحترام هو حرمه اخذ مال المسلم من دون اذن منه و الاستیلاء علیه قهرا و مزاحمته فی ماله و این هذا من الحکم الوضعیّ الّذی هو محلّ الکلام و هو الضّمان بعد التّلف

قیل لا اشکال فی انّ المدلول هو حرمه المزاحمه حدوثا و بقاء و یجب الرّفع بعد الحدوث و مع بقاء العین رفع المزاحمه انّما هو بردّ العین و بعد تلفها یصدق عرفا ردّها بتأدیه بدلها الواقعی من المثل او القیمه

فان قیل الضّروره قضت بوجوب احترام ماله و حرمه مزاحمته فیه و لا مال بعد التّلف حتّی یجب احترامه و یحرم مزاحمته

قیل لمّا حرم المزاحمه حدوثا و بقاء یری العرف عدم رفع الحادث بالتّدارک مع القدره علیه بقاء لها

قوله (ثمّ انّه لا یبعد ان یکون مراد الشّیخ و من تبعه)

هذا هو الصّواب الّذی لا محیص عنه فانّ عموم علی الید ما اخذت یقتضی الضّمان فی جمیع ما یدخل تحت الید و لکنّ الشّأن فی انّ الاقدام علی المجانیّه یکون مانعا عن ذلک فتسلّم العین و المنفعه اللذین تسلّمهما الشّخص ان کان مجّانا و تبرّعا فلا

يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض فانّهما اقدما على العقد

بدون الضّمان و ان كان على وجه العوضيّه يقتضى احترامهما بتداركهما بالعوض فانّهما اقدما على العقد كذلك فيضمن و من هنا يعلم انّه يشترط فى مجرى دليل الاقدام امور ثلاثه الاوّل ان يكون مقبوضا بالعقد فانّ غيره لم يكن مشمولا لدليل اليد الثّانى ان يكون الاقدام على وجه المجانيّه او العوضيّه بنفس العقد لا ما اذا كان التّسليط المجّانى او جعل الضّمان على القابض بشرط خارجىّ الثّالث ان يكون المسلّط عليه هو المصبّ للعقد بحيث كان موردا له لا ما كان مصبّ العقد شيئا و حكم الشّارع فيما هو خارج عنه بتبعيّته له و بما ذكرنا يظهر عدم تماميّه النّقوض المتقدّمه امّا الاوّل و هو انّهما انّما اقدما و تراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ لا الضّمان بالمثل و القيمه فيقال انّ المراد بالضّمان فى القاعده هو الضّمان الواقعى اى المثل او القيمه فى الصّحيح و الفاسد لانّ الكلام فى المقبوض بالعقد الفاسد و الضّمان بعد القبض هو ذلك فى جميع الموارد و يدلّك على ذلك كلام الشّهيد فى س من انّ بالقبض ينتقل الضّمان لو لم يكن خيار بيان ذلك انّ كلّا من العوضين قبل القبض مضمون بالضّمان المعاوضىّ و هو المسمّى فلو تلف احدهما رجع الباقى الى مالكه لا انّه يبقى على ملك من انتقل إليه و يجب عليه اداء قيمته الى مالكه و امّا بعد القبض فلو لم يكن خيار ينتقل الضّمان و ليس الغرض من انتقاله انّ المنتقل إليه ضامن لما انتقل إليه بل الغرض انّه لو انفسخ العقد قهرا او اقيل يرجع قيمه التّالف الى ملك من انتقل عنه فاذا تلف المبيع عند المشترى و لم يكن له خيار و اقال البيع و ارجع الثّمن الى ملكه يحكم بوجوب ردّ القيمه الى البائع لانّ معنى انتقال ضمان المبيع عن عهده البائع الى المشترى وجوب دفع القيمه لو تلف فى يده و الحاصل انّ الضّمان قبل القبض انّما هو بالمسمّى و الضّمان بعد القبض هو المثل او القيمه و الضّمان فى القاعده هو الضّمان بعد القبض لانّ الكلام فى المقبوض و ليس دليل ضمان المثل او القيمه هو الاقدام بل هو عموم على اليد مع عدم تحقّق المانع من الاقدام على وجه المجّانيه و امّا الثّانى و هو انّه قد يكون الاقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض فلانّ الاستدلال بالاقدام انّما هو لبيان عدم المانع عمّا يقتضيه اليد و المبيع قبل القبض لم يتحقّق فيه مقتضى الضّمان لعدم دخوله تحت اليد و امّا الثّالث و هو انّه قد لا يكون اقدام فى العقد الفاسد مع تحقّق الضمان كما اذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع اذا تلف فى يد المشترى فلمنع عدم الاقدام على الضّمان و ذلك لانّ الضّمان قد تعلّق فى اصل المعامله بالعوض و انّما كان شرط ضمان المبيع على البائع و عدم اقدام المشترى على الضّمان و تدارك الخساره الوارده عليه بشرط خارج عنها فالاقدام على الضّمان موجود اذا المفروض انّه باع بالثّمن غايه الامر انّه شرط فى ضمن العقد شرطا فاسدا و هو انّه لو تلف عند المشترى كان ضمانه على غيره و من الواضح انّه غير الاقدام على المجّانيه فى اصل العقد و امّا الرّابع و هو ما اذا قال بعتك بلا ثمن او اجرتك بلا اجره

فقد مرّ الكلام فيه و له تتمّه لعلّها يأتى إن شاء اللّه تعالى و امّا الخامس و هو انّ مورد اليد مختصّ بالاعيان فلا يشمل المنافع و الاعمال المضمونه فى الاجاره الفاسده فاعلم أوّلا انّه يشترط فى ضمان الاعمال المذكوره امور ثلاثه الاوّل ان لا يكون سبب الفساد كون العمل ممّا لا يرجع نفعه الى المستاجر كما لو استأجر احدا ليصلّى ما هو الواجب على نفسه فانّ فى ذلك لم يضمن المستاجر شيئا و مثله ما لو استاجره للسّبق و الرّمايه الثّانى ان لا يكون العامل مبتدأ بالعمل اى بلا تحقّق عقد اجاره و لا صدور امر من المستأجر الثّالث ان لا يكون العامل قاصدا التبرّع فاذا تحقّق العقد المعاوضى و عمل الاجير وفاء لا تبرّعا لا اشكال فى الضّمان ثمّ انّ المنافع على قسمين الاوّل منفعه الاموال و الثّانى عمل الحرّ و الأوّل على قسمين قسم يستوفيه المستأجر بنفسه كسكنى الدّار و الرّكوب على الدّابه و قسم يستوفيه المالك و المستاجر كما لو اجر الدابّه للحمل و باشره بنفسه بحمل المتاع عليها و التوجّه الى حيث ما امره و القسم الاوّل و هو المنفعه الّتى يستوفيها المستاجر بنفسه فالظّاهر دخوله فى القاعده و شمول اليد له نعم دخول المنافع تحت اليد انّما هو بتبع العين فانّها و ان لم تدخل تحت اليد مستقلّا و فى عرض الاعيان لكنّها تدخل فى طولها و بتبعها و لا وجه لتخصيص ما الموصوله بخصوص الاعيان و امّا القسمان الآخران و هو المنافع الّتى باشر فى استيفائها المالك و عمل الحرّ فلا يشملهما حديث اليد و لكن دليل الضّمان لا ينحصر بها و قاعده الاتلاف و ما دلّ على حرمه مال المسلم و عمله كاف فى الاقتضاء و امّا صدق عنوان القبض المأخوذ فى القاعده فهو غير مختصّ بدخول المنفعه تحت اليد بل القبض المعنون فى العقد الفاسد عباره عمّا هو فى سائر المقامات و هو مجرّد التّخليه و عدم منع المالك من التصرّف فاذا تحقّق مقتضى الضّمان و هو القبض المعتبر فى جميع العقود و هو التّخليه لانّ القبض فى كلّ بحسبه و لم يتحقّق ما يرفعه من الاقدام و التّسليط المجّانى اثّر المقتضى اثره من غير فرق بين المنافع و الاعيان و امّا السّادس و هو مسئله السّبق فى المسابقه الفاسده فهو خارج عن القاعده رأسا بمقتضى الشّرط الاوّل فانّ السّبق و الرّمايه لا يدخلان تحت اليد و لا يكونان مقبوضين بل هما خارجان عن باب العقود المعاوضيّه لعدم رجوع نفع الى الشّارط و لذا يفسدان لو وقعا بعنوان الاجاره و هما مراهنتان شرعيّتان ليس فيهما قبض و لا تسليط حتّى يضمن بفاسده ما يضمن بصحيحه هذا و ممّا ذكرنا تعلم أيضا عدم الاشكال على اطّراد القاعده فى البيع فاسدا بالنّسبه الى المنافع الّتى لم يستوفها فانّه خارج عن القاعده بمقتضى الشّرط الثّالث لانّ مورد العقد و مصبّه فيه هو العين لا المنافع و استحقاق المشترى للمنافع بالحكم الشّرعى الدالّ على تبعيّتها لمورد العقد فلو قيل بضمانها فى الفاسد كان بدليل اخر خارج عن القاعده و الحاصل انّ دليل الاقدام فى كلامهم يرجع الى وجود المقتضى للضّمان و هو اليد و عدم المانع من الاقدام على وجه المجّانيّه و عدم الاقدام كذلك

و ان كان كافيا فى عـدم المانع الّا انّ الواقع فى المقبوض بالمعاوضه لمّا كان هو الاقدام لا على وجه المجّانيه و كان هذا اكد فى عدم المانعيّه عبّروا عن عدم المانع بالاقدام ثمّ انّه قد ظهر ممّا اوضحناه انّ الباء فى بصحيحه و بفاسده امّا بمعنى فى و امّا للسببيّه و انّ القبض هو السّبب للضمان مع عدم الرّافع و هو الاقدام على وجه المجانيّه و انّ العقد منشأ للقبض و انّه لا فرق فى ضمان الصّحيح و الفاسد و لا فى المنافع و الاعيان فانّ القبض فى كلّ بحسبه

[و أمّا عكسها، و هو: أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده]

قوله (و امّا عكسها و هو انّ ما لا يضمن بصحيحه)

و المدرك فى عدم الضّمان هنا امّا فى صحيحه فعموم ما دلّ على انّ من لم يضمّنه المالك سواء ملّكه ايّاه بلا عوض كما فى الهبه او سلّطه على العين مجّانا للانتفاع بها فهو غير ضامن كما فى الوديعه و العاريه و الاجاره و الشّارع قد امضى ذلک و امّا فى فاسده فما ذكر من الملاک لعدم الضّمان فى صحيحه من تسليط المالک للقابض بلا عوض يجرى فى فاسده أيضا بل فى الهبه يمكن ان يقال انّ عدم الضّمان فى موارد الاستيمان مع عدم تمليک العين يقتضى ذلک فى اقباضه بقصد التّمليک المجّانى بطريق اولى

قوله (ثمّ انّ مقتضى ذلک عدم ضمان العين المستاجره)

اعلم انّه لمّا كانت العين فى الاجاره من حيث دخولها تحت اليد على اقسام ثلاثه الاوّل ما لا يمكن تحصيل المنفعه الّا بدخولها تحت اليد كسكنى الدّار و اجاره الدّابه للرّكوب الثّانى ما يكون تحصيل المنفعه بالنّسبه الى دخول العين تحت اليد لا اقتضاء كاجاره الدابّه او السّفينه للحمل فانّ المنفعه تستوفى تاره بدخول العين تحت اليد و اخرى بعدمه الثّالث ما لا يمكن فيه دخول العين تحت اليد كعمل الحرّ و اجاره منافعه وقع النّزاع فى انّ مصبّ عقد الاجاره هل هو العين او المنفعه فذهب بعض كصاحب الرياض الى الثّانى و يلزمه صحّه شرط ضمان العين على المستاجر لانّ شرطه لا يكون منافيا لمقتضى العقد فانّ العقد غير متعرّض لها و عليه فضمان العين فى الاجاره الفاسده ليس فيه نقض على قاعده ما يضمن لما عرفت من انّها مخصوصه لبيان حكم مورد العقد و المفروض انّ العين على هذا القول خارجه عنه و يكون عدم ضمانها فى الصّحيح لاجل انّها امانه مالكيّه و شرعيّه نظير الحمل فى البيع الصّحيح و ضمانها فى الفاسد لانّ يد القابض عليها يكون كالغصب يد من غير استحقاق فيضمن و علّلوا ما ذهبوا إليه من كون مصبّ العقد هو المنفعه بانّ الاجاره لا بدّ و ان تكون حقيقه واحده ساريه فى جميع مواردها و كونها كذلک لا يجتمع مع تعلّقها بالعين لانّ العين لا يمكن دخولها تحت اليد فى اجاره الحرّ و يكون الاجاره لا اقتضاء فى اجاره الدابّه للحمل فلا بدّ من الالتزام بان يكون المتعلّق و المصبّ هو نفس المنفعه فى جميع الموارد لكى لا يلزم التّفكيک فى المتعلّق و ذهب بعض كالعلّامه الى الاوّل و عليه فلا ضمان فى صحيح الاجاره و فاسدها بالنّسبه الى العين و علّلوا ذلک بانّ الاجاره تتعلّق بالعين و انّ الاجاره اضافه خاصّه

حاصله من العقد توجب تاره تمليک المنفعه و اخرى تمليک الانتفاع و المنفعه عباره عن امر وحدانى اعتبارىّ عقلائىّ و الانتفاع عباره عن امر تدريجىّ الحصول بتعاقب الآنات فهو كنفس الزّمان ينصرم فى كلّ ان و يتحصّل له وجود آخر و لاجل هذا يستحقّ الاجره فى مورد تمليک المنفعه تماما بمجرّد القبض و يستحقّها انا فانا فى تمليک الانتفاع و ما كان من قبيل سكنى الدّار كان من تمليک المنفعه و ما كان من قبيل عمل الحرّ كان من تمليک الانتفاع و ما كان من قبيل عمل الدابّه فان كانت الاجاره على نحو يلزمها كون العين فى يد المستاجر كان من تمليک المنفعه و الّا كانت من تمليک الانتفاع و ليس المنفعه و الانتفاع الّا امرين اعتباريّين و الجامع بينهما على نحو الاشتراک المعنوى امر واحد و هو ما يقابل العين مثلا و يوجدهما حقيقه واحده و هى اجاره العين ليستوفى منها احدهما فالاجاره اضافه خاصّه و حقيقه واحده تتعلّق بالعين و هى اى الاجاره قدر جامع بين ما يقتضى دخول العين تحت اليد و ما لا يقتضيه و مصبّ العقد فى الصّورتين هى العين و اجاره الدار معناها ان يكون الدار تحت اليد و اجاره الحرّ معناها كون عمله مستحقّا للغير و يدلّک على هذا عدم صحّه اجراء الصّيغه متعلّقه بالمنفعه او الانتفاع كان يقول اجرت سكنى الدّار او اجرت عملى و على هذا القول يكون العقد متعرّضا لعدم الضّمان بالنّسبه الى العين فيما يقتضى دخولها تحت اليد و تكون من قبيل العين المرهونه و كون المستاجر مستحقّا لوقوعها تحت اليد بإزاء اجرته و هى الضّمان بالمسمّى ينافى ان يكون ضامنا لها بغيره أيضا لاستحاله تعلّق ضمانين بشى ء واحد و هذا من دون فرق بين الصّحيح و الفاسد لانّ التّسليط على العين جار فى الفاسد أيضا و قد دخل على عدم الضّمان بهذا التّسليط و لو لا ذلک لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرّهن لانّ استيلائه بغير حقّ و هو باطل و اذا اقتضى نفس العقد عدم الضّمان لم يصحّ شرط الضّمان و امّا فيما يكون العقد لا اقتضاء كاجاره الدابّه للحمل فلا ينافى ذلک شرط الضّمان على المستاجر و كذا على الاجير كمن دفعه المستاجر الثّوب للخياطه او الصّبغ فانّ الاجاره و ان تعلّقت بالعين و لكنّ الاجره انّما تكون فى مقابل العمل لا فى مقابل كون العين فى يده و الفرق بين ما يقتضى العقد دخولها تحت اليد و ما يكون لا اقتضاء فى صحّه الضّمان و عدمه انّما هو فى صوره الشّرط و امّا اطلاق العقد فمقتضاه عدم الضّمان مط امّا فى الاوّل فواضح فانّ شرط الضّمان مناف لمقتضى العقد فكيف بالإطلاق و امّا فى الثّانى فلانّ شرطه و ان لم يكن منافيا لكنّه مناف لاطلاقه فانّ عدم الشّرط مع التّسليط على العين يقتضى بحسب العرف و العاده ان تكون العين امانه من دون فرق بين الاموال و الاعمال و انّک بعد الاحاطه بما ذكرنا تعلم انّ النّزاع فى الضّمان و عدمه فى المسأله صغروىّ و لا نقض على القاعده على كلا القولين امّا

على القول الثّانى فلخروج العين عن مصبّ العقد و قد علم فيما مرّ انّ القاعده تجرى فيما هو مصبّ العقد و يدخل فى متعلّقه اصاله كنفس المبيع فى البيع او تبعا كاللّبن و الصّوف و السّمن بخلاف مثل الحمل و اللّبن المحلوب و لا يجرى فى غيره و امّا على القول الاوّل فواضح لانّ مقتضى اطلاق العقد عدم الضّمان مط فى صحيحه و فاسده و كانت الاجاره ممّا يقتضى دخول العين تحت اليد أم لا ثمّ لا يخفى ان اللّازم بناء على القول الاوّل و ما ذكرنا من الفرق بين اجاره ما يقتضى دخوله تحت اليد فلا يصحّ شرط الضّمان و ما لا يقتضى ذلك فيصحّ الشّرط هو ثبوت الضّمان مع الدّخول بشرط الضّمان مط امّا فيما يصحّ شرطه فظاهر و امّا فيما لا يصحّ فلانّه و ان كان الشّرط فاسدا لمنافاته لمقتضى العقد و لكن يلزم من فساد الشّرط فساد العقد و اذا فسد العقد لم يستحقّ المستاجر لدخول العين تحت يده و لم يكن يده عليها أمانه و لم يدخلا على عدم الضّمان

قوله (و الاقوى عدم الضّمان)

وجه الاقوائيّه ما سيذكره عن قريب بقوله قلت ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها الخ و هو موافق لما فصّلناه آنفا

قوله (و منها الصّيد الّذى استعاره المحرم)

اعلم انّ من احرم و معه صيد وجب عليه ارساله و هل يزول ملكه عنه بالاحرام المشهور على ذلك و هو احوط و الاقوى العدم لعدم دليل صالح عليه و الاستصحاب يقتضى خلافه و تظهر الفائده فيما لو جنى عليه جان فعلى المشهور لا ضمان بخلاف المختار و فيما لو ارسله المحرم و اخذه اخذ فى الحلّ فانّه يملكه الاخذ على المشهور بخلاف المختار و لو مات حتف انفه فضلا عمّا لو اتلفه قبل ارساله الممكن له لزمه الفداء للّه تعالى و لا يجوز للمحرم قبض الصّيد من البائع او الواهب و نحوهما فان قبض و تلف فى يده فعليه الجزاء للّه تعالى و القيمه للمالك البائع و نحوه لكونه مقبوضا بالبيع الفاسد و الظّاهر انّه لا قيمه عليه للواهب لانّه إباحه فلا يضمن اذا تلف و لو قبضه من المعير و نحوه ففيه قولان الاوّل وجوب الارسال تغليبا للاحرام و الثّانى الردّ الى المالك او وليّه تقديما لحقّه و هو الاقوى و الاحوط الفداء للّه تع فانّ فيه جمعا بين الحقّين و ما فى حاشيه بعض الفضلاء الاعلام ره تقريرا من انّه يمكن استفاده خروج الصّيد عن ملك مالكه من مسئله من احرم و معه صيد فانّهم اتّفقوا على انّ الصّيد الّذى معه يخرج عن ملكه و يجب عليه ارساله و ان لم يفعل فمات يجب عليه الفداء و خروج ما معه عن ملكه و ان لم يلازم خروج ملك غيره لو استعار منه الّا انّه يمكن ان يستفاد من مجموع ما ورد فى باب الاحرام انّ كلّ ما وقع من الصّيد تحت يده و ان كان ملك غيره يخرج عن المملوكيه ه يردّه عدم دليل صالح لذلك فى المقيس عليه و لم نجد فى مجموع ما ورد فى باب الاحرام ما يدلّ على ذلك اذا علمت هذا فالجواب أوّلا انّ النّقض مبنىّ على القول بوجوب الارسال و الغرامه للمالك و امّا على القول بوجوب ردّه الى المالك و الفداء للّه تع فلا وجه للنّقض اصلا و ثانيا بما ذكره المصنّف من انّه مبنىّ أيضا

على الضّمان مط و لو بالتّلف قبل الارسال و هو ممنوع و حكمهم بالضّمان هنا للاتلاف المنبعث عن وجوب الارسال و هو من اسباب الضّمان مط فى صحيح العاريه و فاسدها فالكلام منهم مسوق لبيان حكم الاتلاف بالارسال دون التّلف دفعا لما يتوهّم من عدم الضّمان مط و لو بالارسال معلّلا بانّ المالک لمّا اقدم بهذه العاريه الواجب على المستعير اتلافها فهى تالفه عليه و عليه فلا نقض أيضا لعدم الضّمان مع التّلف لكونها عاريه فاسده و صحيحها غير مضمون و الضّمان مع الاتلاف بالارسال و صحيحها مضمون بالاتلاف

فان قيل انّ على ما ذكرتم من كون الضّمان من جهه الاتلاف فاللّازم هو الفرق بين صورتى جهل المعير و علمه و الحكم بالضّمان فى صوره جهله بانّ المستعير محرم لقاعده الاتلاف دون صوره علمه بذلک لانّ المعير ح هو المقدم على الاتلاف

قيل لو لم يكن بين السّبب و الاثر المترتّب عليه فعل اختياريّ من غير موجد السّبب توسّط بينهما تمّ الفرق المذكور لنسبه الفعل الى السّبب فى صوره العلم و أمّا اذا توسّط بينهما فعل اختياريّ كذلک فلا فرق لانّ الفعل فى صوره العلم منسوب الى المباشر أيضا و المقام من هذا القبيل فانّ اعاره المعير سبب و اخذ المستعير واسطه و الاثر يستند إليه فانّه لو لم يأخذ و ان امره المالک الف مرّه لم يترتّب عليه الأثر الّا ان يقال ليس المقام من باب السّبب و المباشر و ليس الغرض تشخيص استناد الفعل الى احدهما بل الغرض هو دعوى عدم الضّمان فى صوره علم المعير من حيث الاقدام و انّه دخل على عدم الضّمان فت و لا يخفى انّ بناء على خروج الصّيد عن ملک المعير لا نقض أيضا لانّ عدم الضّمان فى الصّحيح من حيث كونه عاريه و صحيحها غير مضمون و الضّمان فى الفاسد من حيث خروجه عن العاريه لخروجه عن ملک مالكه بمجرّد اخذه و لا يصدق عليه ح عنوان العاريه و سبب الضّمان يكون هو الاتلاف و الحاصل انّه على القول بخروج الصّيد عن ملک المعير بمجرّد قبض المستعير يخرج عن عنوان العاريه و ان قلنا ببقائه على الملک فان قلنا بوجوب الارسال كان الضّمان من حيث قاعده الاتلاف لا التّلف و ان قلنا بوجوب ردّه الى المالک فلا شىء على المستعير سوى الفديه و لا نقض على كلّ حال و قد يقال فى توجيه الضّمان مط بدعوى انتقال القيمه الى ذمّه المحرم بمجرّد اخذه له من المحلّ و ان كان عاريه لوجوب الاتلاف عليه امّا بخروجه عن ملک مالكه بذلک فتكون القيمه ح بدلا عن العين و ان لم يملكها المحرم او بدلا عن الحيلوله مع بقائها على ملک صاحبها مط او الى زمان الارسال لانّ الممتنع شرعا كالممتنع عاده و ان جاز للمحلّ صيده بعد الارسال على التّقديرين او بدعوى كونها مضمونه عليه مط و لو بالتّلف من دون انتقال القيمه بمعنى كونه فى عهدته لانّه اقدم على ما هو فى عرضه الاتلاف فبقبض المستعير يثبت الضّمان عليه بالتّلف او الاتلاف و هو كما ترى خال عن الوجه ثمّ انّ الشّهيد فى لک

ناقش فى فساد عاريه الصّيد الّذى استعاره المحرم مع عدم الشبهه فى حرمتها بعدم الملازمه بين حرمه المعامله و فسادها كما انّه ناقش أيضا من جهه انّ صحيح العاريه لا يضمن فى الضّمان على تقديرى صحّه العاريه و فسادها امّا على تقدير الصحّه فواضح لانّ صحيح العاريه لا يضمن و امّا على تقدير الفساد فلأنّ صحيحها لا يضمن و يجاب بانّ الحرمه تجتمع مع الصحّه لو لم يتعلّق النّهى بجهه المعامله و أمّا اذا تعلّق بها كالنّهى عن العاريه فلا يجتمع مع الصحّه

قوله (بالنّسبه الى المنافع الّتى لم يستوفها)

و فيه انّ الكلام فى ما هو مصبّ العقد و مورده و هو نفس العين و المنافع خارجه عنه و لم يجعل بإزائها شى ء من الثّمن و النّماء غير ملحوظ فيه انتقاله بالعقد من المالك الأوّل حتّى يصحّ اتّصافه بكونه مضمونا او غير مضمون فى العقد الصّحيح و ان شئت قلت انّ جعل القاعده لبيان الرّافع من الضّمان اصلا و عكسا لا لبيان ما يقتضى الضّمان و الحكم بضمانها فى الفاسد بسبب الاتلاف و عدم الضّمان فى الصّحيح لكونها من نماء ملك المشترى ثمّ انّهم قد اختلفوا فى ضمان المنافع المستوفاه فى البيع الصّحيح و على القول بعدم ضمانها يتوهّم النّقض على القاعده أيضا و الجواب ما عرفت

قوله (نقض القاعده أيضا بحمل المبيع فاسدا

اعلم أوّلا انّ التّوابع من حيث دخولها فى المبيع عرفا و خروجها عنه كذلك على اقسام ثلاثه الاوّل ما هو من الكيفيّات و لا يمكن انفكاكه عن المبيع كالسّمن فى الشاه المبيعه و الثّانى ما يكون المبيع بالنّسبه إليه لا اقتضاء فيدخل حيث يشترط الدّخول و يخرج حيث يشترط الخروج كالصّوف و اللّبن و لا يبعد ان يكون مقتضى ظاهر الاطلاق و عدم الاشتراط فى هذا القسم هو الدّخول الّا ان يشترط الخروج و الثّالث ما يكون خارجا عن المبيع الّا مع شرط الدّخول كالحمل و ثانيا انّ وجه الفرق عند القائل به هو انّه لو لم يشترط دخول الحمل فى المبيع كما هو المفروض كان امانه مالكيّه و شرعيّه فى العقد الصّحيح لانّ العقد وقع على الحامل دون الحمل و ليس من التّوابع الّتى تدخل فى المبيع و حيث كان امانه و غير داخل فى المبيع لم يتحقّق ما يوجب ضمانه و امّا فى الفاسد فحيث انّ الشّارع لم يمض العقد لا يكون الحمل ح امانه و مقتضى قاعده اليد ضمانه لعدم تحقّق رافع الضّمان و ان كان نفس المبيع مضمونا عليه بالمسمّى فى الصّحيح و بالقيمه فى الفاسد و ليس الحمل مصبّا للعقد حتّى يكون التّفصيل بالنّسبه إليه نقضا للقاعده فالضّمان و عدمه فى المسأله يدور مدار الامانه و عدمها لا صحّه العقد و فساده لانّ الحمل كما عرفت خارج عن مصبّه و بالجمله القاعده وضعت لبيان رافع الضّمان و فى صحيح العقد حيث كان امانه تحقّق الرّافع فلا ضمان و فى فاسد حيث لم يكن امانه لم يتحقّق الرّافع فيضمن و ثالثا انّ الاقوى عدم الضّمان فى الحمل فى فاسد البيع مثل صحيحه لكونه امانه مالكيّه بيده فى صحيح البيع و فاسده و سيصرّح المصنّف

فى جواب الاشكال الآتى بما هذا لفظه قلت ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها و هى عموم ما دلّ على انّ من لم يضمّنه المالك الى قوله فالدّليل المخصّص لقاعده الضّمان عموم ما دلّ على انّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتّهمه انتهى و قول الشّيخ بالضّمان فيه كما عن المبسوط مبنىّ على اصله من دخول الحمل فى المبيع كالجزء و قول المحقّق بذلك فى الشّرائع منزّل على الدّخول بالشّرط كما فى لك

فان قيل كيف يكون امانه فى فاسده مع انّ الاذن من المالك فى الفاسد انّما هو من جهه اعتقاد كون المبيع مستحقّا للمشترى فالاذن مقيّد بجهه الاستحقاق و مع انتفاء القيد ينتفى المقيّد فلا اذن فى البيع الفاسد حتّى يكون امانه

قيل انّ اعتقاد الاستحقاق من حيثيه كون المقبوض امانه مالكيه ليس من مشخّصات الموضوع لانّه جهه تعليليّه لا تقييديّه و لا مانع من شمول ادلّه الامانات بعمومها للمقام و ستعلم انّ نهى الشّارع عن المعامله الفاسده لا يرفع جميع الآثار بل انّما يرفع جواز التصرّف و لزوم العقد و ما يترتّب عليه شرعا ثمّ انّ هذا كلّه فيما لم يشترط دخول الحمل فى المبيع و الّا فيحكم بالضّمان فى صحيحه و فاسده

قوله (على ما صرّح به فى ط و يع)

فانّهم صرّحوا بالضّمان فعن المبسوط من غصب جاريه حاملا ضمنها و حملها معا و ولد المشتراه شراء فاسدا مثل ذلك و فى الشّرائع و غصب الامه الحامل غصب لولدها لثبوت يده عليها و كذا يضمن حمل الامه المبتاعه بالبيع الفاسد و المقبوضه على وجه السّوم لانّ يده على الامّ و الولد معا ه

قوله (فلا اولويّه)

يمكن ان يكون مراد الشّيخ ره فى ط من كلمه كيف الاولويّه بالتّقريب المذكور فى المتن و يمكن ان يكون المراد منها التعجّب فقط دون الاولويّه بانّ الصّحيح و الفاسد مشتركان فى عدم علّه الضّمان او علّه عدمه و حكم الشّارع بإلغاء العقد فى الفاسد لا تأثير له فيما هو علّه للضّمان و ما هو السّبب لعدمه فى الصّحيح جار فى الفاسد أيضا فانّ علّه الضّمان امّا اقدام المالك او حكم الشّارع به و كما انّهما منتفيان فى الصّحيح منتفيان فى الفاسد أيضا فاذا كانت العين فى صحيح الاجاره مثلا غير مضمونه فكونها فى فاسدها مضمونه مع اشتراكهما فى العلّه محلّ التعجّب ثمّ انّه لا بأس بالتّنبيه على امور الاوّل انّه قد يتخيّل النّقض أيضا فى موارد اخر الاوّل النّقض على الاصل بالبيع من الصبىّ و المجنون و السّفيه المحجور عليه لو تلف المبيع فى يده مع كون القبض باذن البائع فانّهم حكموا بفساد البيع و عدم تحقّق الضّمان عليهم فالمبيع هنا غير مضمون مع كون صحيحه مضمونا و النّقض على العكس فى هبتهم و عاريتهم فانّ الاصحاب حكموا بالضّمان على المتّهب و المستعير مع انّ صحيح الهبه و العاريه غير مضمون و فيه انّ ذلك خارج عن القاعده فانّ الكلام فى المقبوض بالعقد الفاسد و ما انشأه هؤلاء ليس بعقد اصلا و المراد من الاقدام فى العقد او العهد هو الاقدام التامّ المؤثّر و مع عدم الاهليّه للتعهّد يكون الاقدام كالعدم تكوينا

و الحكم فى الضّمان من جهه ضعف المباشر و قوّه السّبب و هو المشترى الّذى دفع المال إليهم او المتّهب و المستعير الّذى اخذه عنهم فالمقام خارج عن المعاهده و الضّمان على السّبب القوىّ لا على المباشر الضّعيف الثّانى النقض على العكس فى تلف الاوصاف و الشّروط فانّ صحيح العقد لا يقتضى ضمانها لعدم جعل العوض فى مقابلها و قد حكموا بضمانها فى الفاسد كما لو زال وصف الكتابه و فيه انّه و لو لم يجعل للوصف او الشّرط قسط من الثّمن فى الصّحيح لكن لمّا كان سببا لمزيد القيمه يحكم بضمانه فلو تلف نفس المبيع او احدهما قبل القبض لم يضمن و لو تلف بعده بان تلف العبد الكاتب بيد المشترى ثمّ انفسخ العقد بموجب قهرىّ او اختيارىّ او اقاله فلا اشكال فى الضّمان الواقعى اى ضمان قيمه العبد الكاتب بوصف الكتابه كما فى الفاسد و لو زال عند المشترى وصف الكتابه فانّه يلزمه ضمان قيمه وصف الكتابه كما فى المقبوض بالعقد الفاسد بلا تفاوت اصلا و كذا الشّرط فلو اشترى الثّوب من مالكه بعشره دراهم و شرط الخياطه على المالك و تلف الثّوب بعد القبض و انفسخ العقد يلزم المشترى اداء قيمه الثّوب المخيط من دون فرق بين صحيح العقد و فاسده و لو سلّم عدم الضّمان فى الصّحيح فلا نقض أيضا لانّ الكلام فى القاعده انّما هو فيما كان مصبّا للعقد و المفروض انّه نفس العين و الاوصاف و الشّرائط خارجتان عنه و لم يجعل بإزائها شى ء من الثّمن الثّالث أيضا على العكس بعامل القراض اذا اخذ المال قراضا و كان عاجزا عنه مع جهل المالك به بناء على فساد المضاربه ح كما فى الجواهر و هو الاقوى فانّهم حكموا بضمان المال عليه مط او على التّفصيل المذكور فى محلّه مع انّها مضاربه و صحيحها غير مضمون و فيه انّ الضّمان فى مفروض المسأله انّما هو بسبب التعدّى بوضع يده على المال على الوجه الغير المأذون فيه و لذا قال بالضّمان أيضا من هو قائل بصحّه المضاربه كما فى لك و غيرها و لا تنافى بين الضّمان و صحّه المضاربه كما لو عيّن المالك جهه خاصّه و خالفها العامل فانّ المضاربه صحيحه و الرّبح بينهما على الشّرط مع كون المال مضمونا عليه بالتعدّى الرّابع أيضا فى بيع ما لا يصحّ الانتفاع به و ما لا يعدّ من الاموال كالحشرات بناء على ما تقدّم من كون معنى القاعده انّ كلّ شخص من العقود يضمن به لو فرض صحيحا يضمن به لو كان فاسدا فانّ فرض صحّته يلازم مجّانيّته لانّه دفع للثّمن بإزاء ما لا ينتفع به و لا يعدّ ما لا فيكون كالهبه و التّسليط المجّانى و لا ضمان مع انّ فى فاسده يحكمون بالضّمان و امّا بناء على ما اختاره المصنّف غفر له فى معنى القاعده فلا نقض لانّ صحيحه يكون من البيع أيضا و البيع ممّا يضمن بصحيحه و فاسده و فيه انّ فرض صحّته على المعنى المتقدّم ليس جعله هبه و تسليطا مجّانيا بل انّما هو بفرضه ممّا يعدّ مالا و يمكن الانتفاع به و ليس الصحّه فى الفرض كالصحّه فى بعتك بلا ثمن حيث انّه يكون من الهبه بيان الفرق انّ ثمّه لم يجعل بإزاء المبيع شيئا بخلاف المقام فانّه إنشاء العقد المعاوضى و جعل كلّ من العوضين بإزاء الاخر غايه الامر يكون احد العوضين ما لا يعدّ ما لا فلا نقض

الخامس النّقض على الاصل بالنّكاح دواما و انقطاعا الفاسد فانّ الزّوج لا يضمن مهر المثل اذا دخل بها جاهلا بفساد العقد و كانت الزّوجه عالمه به مع انّ الصّحيح منه يوجب الضّمان بالمسمّى و انّما جعلنا مورد النّقض صوره الدّخول مع عدم الضّمان و المهر مع فساد العقد فى صوره عدم الدّخول أيضا لانّ مجرى القاعده كما تقدّم انّما هو فى المقبوض و ما لو تسلّم العوض و فيه انّ الفرض خارج عن القاعده لانّ مجريها انّما هو فى ضمان اليد و العقود المعاوضيّه لا فى الضمان مط و لو بجعل من المتعاقدين من غير عنوان المعاوضه كما عرفت الاشاره إليه آنفا فى تقرير النّقض من انّها تجرى فى المقبوض و يؤيّد ذلك انّ لفظ العقد لم يذكر الّا فى عباره التّذكره و المذكور فى عبائر الاصحاب هو ما او كلّما و قد تقدّم انّ القاعده لبيان الرّافع عن الضّمان اصلا و عكسا لا لبيان ما يوجب الضّمان و يقتضيه مع انّ عدم الضّمان فى الفرض لدليل خارجىّ و هو عدم الاحترام شرعا لبضع من علمت بفساد العقد لكونها بغيّا و ذلك لا ينافى اقتضاء العقد له و لذا لو كانت جاهله بفساد العقد كان لها المهر و الضّمان على الزّوج السّادس أيضا فى الخلع فانّ صحيحه يضمن به بمعنى انّ الزّوجه تضمن الفديه المسمّاه للزّوج و فاسده لا يضمن لانّه غير موجب لبذلها بنفسها و لا لبذل بدلها قال العلّامه فى محكىّ القواعد و لو خالعها و الاخلاق ملتئمه لم يصحّ الخلع و لم يملك الفديه و لو طلّقها ح بعوض لم يملكه و وقع رجعيّا ه و مثله غيره و فيه انّ ذلك خارج أيضا عن مجرى القاعده و ان عمّمها المصنّف ره فيما مضى فى معنى الفاظها بالنّسبه الى النّكاح و الخلع السّابع أيضا على الاصل ببيع الغاصب مال الغير فانّه لا يضمن الثّمن للمشترى عند الكلّ او الجلّ مع انّ صحيح البيع يوجب الضّمان و فيه أوّلا انّه عقد صحيح فضولىّ موقوف على اجازه المالك و لو أمضاه اثّر اثره فلا يصحّ ان يقال انّه عقد فاسد و ثانيا انّ الغاصب بايع مال الغير بمال الغير فليس هو الطّرف فى العقد حقيقه و الطّرف كذلك هو المالك فانّ المشترى دفع الثّمن فى مقابل المبيع و المفروض انّه للمالك و الكاف فى قوله اشتريت منك خطاب مع المالك حقيقه و تعهّد الغاصب ليس على وجه الضّمان بعنوان العقد المعاوضىّ لما عرفت من تعهّده مال الغير بمال الغير و ذلك ليس اقداما على الضّمان فى المعاوضه و لا اشكال فى انّ المالك الّذى عرفت انّه الطّرف ضامن للثّمن لو اجاز العقد فمن هو طرف فى العقد ضامن و من ليس بضامن لا يكون طرفا فلا نقض الثّامن النّقض على العكس فى استعاره العين المغصوبه من الغاصب فانّهم حكموا بلا خلاف بضمان المستعير للعين و المنفعه و قرار الضّمان عليه لو تلفت فى يده مع علمه بالغصب مع انّ العاريه الصّحيحه غير مضمونه و امّا مع جهله فان رجع المالك عليه بالعين و ما استوفاه من المنفعه رجع بهما على المعير الغاصب و يكون قرار الضّمان عليه فلا نقض و فيه انّ قواعد العاريه و احكامها و كذا العناوين الّتى تكون مثلها كالوديعه انّما تجرى فيما كانت العين مقبوضه من المالك و كذا قاعده ما يضمن

و ما لا يضمن انّما تجرى فيما كان كذلک و المفروض خارج عنها و لو سلّم مع القطع بالخلاف شمول القاعده لما يستعار من الغاصب فوجه الفرق بين صورتى علم المستعير و جهله انّه لعلمه بالغصب اقدم على الضّمان فانّ الشّارع قد حكم بضمان العاريه المغصوبه فى صوره علم المستعير كما حكم به فى صوره الاشتراط و فى الذّهب و الفضّه و قد علم فيما سبق انّ العموم فى عنوان قاعده ما يضمن ليس باعتبار النّوع ليكون افراده مثل البيع و الاجاره و العاريه بقول مطلق بل امّا ان يكون باعتبار الصّنف كما اختاره المصنّف قدّس سرّه فيشترط فى المقيس و المقيس عليه من عقدى الصّحيح و الفاسد ان يكونا متّحدين صنفا بمعنى ان يكون صنف واحد له فردان صحيح و فاسد و يقاس الفرد الفاسد بالصّحيح من ذلک الصنف فى الضّمان و عدمه كعاريه الذّهب و الفضّه او المشروطه حيث يقاس فاسدهما بصحيح الصّنف فى الضّمان لا بغيرهما من صنوف العوارى الّتى لا ضمان فيها و لو اخذ العموم باعتبار الصّنف فالاقوى انّه لا يعتبر وجود فرد صحيح لذلک الصنف و دعوى ظهور الفاظ القاعده فى إراده ذلک ممنوعه بل يكفى اخذ وجود الصّحيح فرضيّا بمعنى انّ كلّ صنف من العقد لو فرض صحيحا اقتضى الضّمان يقتضى فاسده الضّمان أيضا و هكذا فى طرف العكس و امّا ان يكون باعتبار الشّخص كما قوّيناه و عليه فعدم النقض فى صوره الفرض اوضح الثّانى اختلفوا فى انّ قول القائل اجرتک بلا اجره او بعتک بلا ثمن هل يقتضى الضّمان أم لا و على القول بعدم الضّمان قد يعدّ ذلک من النّقوض على اصل القاعده و قد مرّ بعض الكلام فى ذلک و ينبغى توضيح المرام بما يكشف نقاب الابهام عن وجوه المقال فى المقام و من اللّه التّوفيق و به الاعتصام قال فى الشّرائع و كلّ موضع يبطل فيه عقد الاجاره يجب فيه اجره المثل و قد استثنى الشّهيد ره فى محكىّ حواشيه من الكليّه المذكوره ما اذا كان فساد الاجاره بواسطه اشتراط عدم الاجره كما اذا قال اجرتک بلا اجره او عدم ذكر الاجره كما اذا قال اجرتک فيحكم بعدم الضّمان فى الصّورتين من حيث اقدام المالک او العامل على بذل المال و العمل مجّانا و من المعلوم انّ ادلّه الضّمانات لا يشمل الفرض و قد استحسنه المحقّق و الشّهيد الثّانيان فى صد و لک و صاحب ض لكنّ الاوّل فصّل فى ذلک بين العمل و المنفعه فحكم بصحّته فى الاوّل دون الثّانى حيث قال فى محكىّ صد بعد ما حكى الاستثناء من الشّهيد انّه صحيح فى العمل لا فى مثل سكنى الدّار الّتى يستوفيها المستأجر بنفسه فانّ اشتراط عدم العوض انّما كان فى العقد الفاسد الّذى لا اثر لما تضمّنه من التّراضى فحقّه وجوب اجره المثل و مثله ما لو باعه على ان لا ثمن له و امّا لو كان مورد الاجاره منفعه الاجير فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئا ظاهر لانّه متبرّع بالعمل و هو المباشر لاتلاف المنفعه ه و الثّانى فصّل فى ذلک بين صوره اشتراط عدم الاجره و صوره عدم ذكر الاجره فحكم بالصحّه فى الاوّل دون الثّانى و دفع ما عرفته من المحقّق الثّانى فى لک بما حاصله انّ مرجعه فى مثل سكنى الدّار الى العاريه و ان عبّر عنها بلفظ الاجاره لانّ التّصريح بعدم الاجره اقوى من الظّهور المستفاد من

لفظ الاجاره و النّص مقدّم على الظّاهر فيحكم بانّها عاريه اذ هى لا تنحصر فى لفظ بل يكفى فيها كلّ ما دلّ على التبرّع بالمنفعه مضافا الى اعتضاد ذلك باصل البراءه ثمّ اعترض على ما ذكره المحقّق الثّانى اخيرا بانّه قد لا يكون متبرّعا كما لو امره المستاجر فانّ مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللّفظ و ح فلا يتحقّق التبرّع الّا مع عمل الاجير من غير سؤال و الّا فينبغى مع عدم ذكر الاجره القول بثبوت اجره المثل كما هو شأن الأمر لغيره بعمل من غير عقد ثمّ قال فان قلت اىّ فائده فى تسميه هذا عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الاحكام و اقامته مقام العاريه قلت فساده بالنّسبه الى الاجاره بمعنى عدم ترتّب احكامها اللّازمه لصحيح عقدها كوجوب العمل على الاجير و نحوه لا مطلق الاثر ه و فى الجواهر بعد ما حكى عن ثانى المحقّقين و الشّهيدين ما عرفت ما هذا لفظه قلت هذا كما يرد عليه يرد على الشّهيد أيضا الّذى قد استحسن كلامه أوّلا فانّ مدركه ذلك بل هو اولى به منه لظهور كلام الكركى فى اشتراط عدم الاجره فوجود الامر ح و عدمه على حدّ سواء لا فيما اذا لم يذكر اجره بخلاف كلام الشّهيد مع انّه يمكن دفعه عنه أيضا أوّلا ـ بانّ محلّ كلامه العمل من حيث العقد ففرض الامر خروج عن البحث و ثانيا بانّ الامر بالعمل من حيث العقد لا يجدى اذ هو ح من توابع العقد الفاسد الّذى فرض عدم الاجره فيه لو اوقع العقد بعنوان انّه مقتضاه بل قد يناقش فى دفعه الاوّل مع انّه لا يتمّ فيما لم يذكر الاجره بانّ محلّ البحث ما علم قصد الاجاره منه و لو للجهل بانّ العوض من مقوّماتها او للابداع او لغير ذلك لا ما اذا ذكر ذلك و لم يعلم قصده مع انّ تنزيله على العاريه على هذا الفرض ليس باولى من حمله على التجوّز باستعمال لفظ الاجاره الموضوع لتمليك المنفعه بعوض فى تمليكها بغير عوض و يكون عقدا فاسدا او غير ذلك ممّا هو محتمل و اصل الصحّه و ان نفى احتمال إراده الفاسد لكنّ الصّحيح غير منحصر فى العاريه و مع فرضه و قلنا بالحمل عليها للاصل المزبور لا ـ يحمل عليه كلام الشّهيد ضروره ارادته الاستثناء من كليّه الاصحاب المزبوره و لا يتمّ الّا بجعله عقد اجاره فاسده لا عاريه كما هو واضح ه اذا تمهّد ما اردنا نقله فاعلم أوّلا انّ قول القائل بعتك بلا ثمن و اجرتك بلا اجره يحتمل خمسه معان احدها ان يكون المراد من البيع هو التّمليك مجّانا فيكون منه كما حكى عن ثانى المحقّقين فى كتاب البيع و من الثّانيه العاريه كما ذكره ثانى الشّهيدين باستعمال اللّفظ الموضوع للمبادله الحقيقيّه المأخوذه فى حقيقتها العوضيّه على وجه التملّك سواء كان موضوعا لخصوص مبادله العين بغيره عينا او منفعه كما فى لفظ البيع او موضوعا لخصوص مبادله المنفعه بغيرها عينا او منفعه كما فى الاجاره فى غير ما وضع له و هو التّمليك مجّانا فى الاوّل و إباحه التصرّفات و الانتفاعات فى الثّانى بقرينه قوله بلا ـ ثمن و بلا ـ اجره الظّاهرين فى كون اصل المنشأ بلا عوض و لا اشكال ح فى عدم الضّمان سواء قلنا بكون الهبه و العاريه الواقعتان بلفظ

البیع و الاجاره صحیحتان لانّهما من العقود الجائزه و لم یستشکلوا فی الاکتفاء فیها بکلّ لفظ او قلنا بفسادهما فانّ صحیحهما لا یقتضی الضّمان فکذلک فاسدهما ثانیها ان یکون المراد من بعتک بلا ثمن تملیک العین مجّانا و من اجرتک بلا اجره تملیک المنفعه مجّانا و لا اشکال ح فی عدم الضّمان أیضا مط سواء کان هبه صحیحه أم فاسده ثالثها ان یکون المراد من کلّ منهما التّملیک مع العوض و یکون المراد من قوله بلا ثمن و بلا اجره عدم العوض المسمّی و المعیّن فی ضمن العقد لا مطلق العوض و هذا المسمّی بالنّسبه الی قوله بلا اجره و ان کان بعیدا الّا انّه بالنّسبه الی قوله بلا ثمن لیس بذلک البعید حیث انّ الثّمن ظاهر فی العوض الماخوذ فی العقد لا فی مطلق القیمه و لا اشکال ح فی الضّمان رابعها ان یکون المراد من کلّ منهما التّملیک مع العوض أیضا و یکون المراد من قوله بلا ثمن و بلا اجره اسقاطهما و الالتزام بالتّجاوز و عدم استحقاقهما من المشتری و المستأجر و هذا هو محلّ الاشکال فی انّ مقتضاه عدم الضّمان أو لا و المشهور الضّمان و الاقرب العدم امّا وجه الضّمان فهو قولهم کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده بناء علی جعل عموم القاعده اصلا و عکسا باعتبار الصّنف و فعلیّه الفرد الصّحیح لا فرضه فانّ عقد الاجاره صحیحه یقتضی الضّمان ففاسده أیضا کذلک و امّا وجه العدم فهو ما ذکروه مدرکا للضّمان فی الفاسد و هو الاقدام علی الضّمان فی التصرّف من غیر المالک سواء جعل الضّمان من مقتضیات الاقدام علیه و جعل التصرّف شرطا فیه او جعل الضّمان من مقتضیات التصرّف و الید و جعل الاقدام علی الضّمان مانعا من المانع و هو الاقدام علی عدم الضّمان هذا مضافا الی نفس التّبانی علی دخول المال فی ملک غیر المالک بلا عوض فانّ الید المؤتمنه اذا لم تقتض الضّمان فالید المقرونه بالاذن فی الاتلاف لا تقتضیه بالاولویّه القطعیّه و علی هذا فلمّا کان المفروض اقدام المالک علی تملیک المستاجر بعقد الاجاره مع عدم الاجره کان مقتضاه عدم الضّمان کما انّ مقتضاه الضّمان فی عکس المسأله و هو شرط الضّمان فیما لا یقتضیه الصّحیح من العقد و قد تقدّم الکلام فی ذلک فی مسئله اشتراط ضمان العین المستاجره فانّ مقتضی عکس القاعده و ان کان هو عدم الضّمان علی بعض التّقادیر المتقدّمه من حیث انّ صحیح الاجاره ح کان غیر مقتض لضمان العین المستاجره الّا انّ مقتضی ما ذکروه مدرکا له و هو الاقدام علی عدم الضمان و الاذن فی التصرّف مجّانا کان غیر جار بالنّسبه إلیه و کان مقتضی ما جعل مدرکا للاصل هو الحکم بالضّمان

فان قلت انّ نهی الشّارع عن الاقدام المذکور من حیث کونه عقدا فاسدا عنده یجعل الاقدام علی المجّانیه لغوا و مقتضی القواعد و عموم ما دلّ علی سببیّه الید و الاتلاف هو الضّمان و المفروض عدم المانع أیضا بحکم الشّارع فالوجه هو الضّمان فی المقام و عدمه فی عکس المسأله کما علیه المشهور

قلت ان بنی علی انّ نهی الشّارع یرفع جمیع الآثار حتّی ما یترتّب من الاحکام الوضعیّه علی طیب نفس المالک و اذنه

فاللّازم هو الحكم بالضّمان فی جمیع العقود الفاسده الّتی لا یقتضی صحاحها ذلک کالعاریه و الهبه و المضاربه و الودیعه و المساقات و نحوها من حیث انّ وجه عدم الضّمان فیها هو الاتیان و الاقدام علی عدم الضّمان فی صحاحها و فاسدتها و اذا بنی علی انّ فساد العقد و المعاهده عند الشّارع یوجب لغویّه اذن المالک مطلقا لزم الحکم بالضّمان فی الفاسده منها بمقتضی القواعد و العمومات المذکوره کما حکی الالتزام به عن بعض المتاخّرین کالمحقّق الاردبیلی ره و ان بنی علی انّ نهی الشّارع لا یرفع الّا جواز التصرّف و لزوم العقد و ما یترتّب علیه شرعا من حیث صحّه العقد بمعنی کون العقد الصّحیح موضوعا له کانتقال کلّ من العوضین فی ضمن العقد الی الاخر و نحو ذلک کما هو الظّاهر فاللّازم الحکم بعدم الضّمان فی المقام لعدم اقتضاء النّهی رفع تاثیر الاذن و الاقدام و بالضّمان فی عکسه و لکن لا یخفی انّ النّقض علی القاعده بناء علی عدم الضّمان انّما هو لو کان عمومها باعتبار الصنف و امّا بناء علی المختار من کونه باعتبار الشّخص فلا نقض علی تقدیر إراده هذا الوجه و خامسها ان یکون المراد منهما هو البیع الشّرعی و العرفی و الاجاره کذلک و لو للجهل بانّ العوض من مقوّماتها او للابداع تشریعا او لغیر ذلک کما ذکره فی الجواهر بالنّسبه الی مثال الاجاره و لا اشکال ح فی عدم الضّمان و لیس فیه نقض علی القاعده و ان اراد البیع و الاجاره لانّه ان کان العموم فی القاعده باعتبار الصّنف فهو انّما یکون کذلک فی الصّحیح و الفاسد ممّا یسمّی اجاره شرعا و عرفا لا فیما قصده القائل و لو لم یصدق علیه مسمّی العقد الکذائی شرعا او عرفا فما قصده خارج عن البیع و الاجاره بصحیحهما و فاسدهما و ان کان العموم فیها باعتبار الشّخص فواضح لانّ هذا القصد الواقع لو فرض صحیحا لم یکن فیه ضمان و لا اشکال بحسب الظّاهر فی انّ مراد الشّهید من الاستثناء هو الاحتمال الرّابع لوجوه الاوّل استثنائه الفرض من الاجارات الفاسده و من الواضح انّ حمل الاستثناء علی المتّصل اولی من حمله علی المنقطع و الحمل علی العاریه و نحوها یستلزم حمل الاستثناء علی المنقطع و هو خلاف الظّاهر الثّانی تصریحه فی مقام الاستثناء بما اذا کان فساد الاجاره بواسطه اشتراط عدم الاجره الثّالث انّه استثنی من کلّیه قول المحقّق و کلّ موضع یبطل فیه عقد الاجاره یجب فیه اجره المثل مثالین و سوّی بینهما فی الحکم و من الواضح عدم صحّه الحمل علی العاریه و نحوها فی المثال الثّانی و هو قول القائل اجرتک من دون ذکر الاجره و مجرّد لزوم اللغویّه و الفساد لو لم یحمل الثّانی أیضا علی العاریه لا یوجب رفع الید عن ظهور اللّفظ الرّابع دلیله المحکیّ عنه فانّ الظّاهر منه عدم فرضه الکلام فی العاریه و نحوها و الّا لاقتضی نحو اخر فی الاستدلال و لکان علیه الاستدلال بمثل الشّهید الثّانی الّا ان یقال انّ غایه ما تدلّ علیه الجهات المذکوره هی کون المثالین من الاجاره الفاسده و امّا کون المراد من القید هو اسقاط الاجره و الالتزام بالتّجاوز عنه فلا دلاله فی کلامه علیه فلعلّه اراد من الاستثناء صوره شرط

عدم الاجره لا سقوطها و کان فساد الاجاره عنده من حیث الشّرط المذکور المنافی لمقتضی العقد و بالجمله الظّاهر انّ مراد الشّهید من الاستثناء هو صوره إراده عقد الاجاره و لیس مراده ما ذکره الشّهید الثّانی کما انّ فرضه الامر بالعمل من المستأجر فی اجاره الاعمال فی ردّ المحقّق الثّانی لا اشکال فی عدم وروده علیه کما عرفته فی کلام صاحب الجواهر من انّ محلّ کلامه انّما هو العمل بمقتضی عقد الاجاره و فرض الامر خروج عن محلّ کلامه کما انّ ما ذکره من الاعتضاد باصل البراءه لا وجه له أیضا و لیس مراده أیضا ثالث الاحتمالات لما عرفت من انّ إراده عدم العوض المسمّی من هذه الجمله بعیده جدّا فی نفسها مضافا الی انّ استدلاله المحکیّ علی عدم الضّمان و هو اقدام المالک او العامل علی بذل المال و العمل مجّانا صریح فی إراده عدم الاجره رأسا لا خصوص المسمّی و ذلک واضح فلا وجه لحمل الاستثناء فی کلامه علی هذا الوجه اصلا و مع الغضّ عن ظهور کلامه فی إراده ما ذکرنا فلا یبعد حمله علی خامس الاحتمالات کما فی الجواهر خصوصا الوجه الثّانی و هو إراده عقد الاجاره بطریق الابداع و التّشریع و اعلم ثانیا انّ ما ذکرنا هو حکم القضیّتین بعد تشخیص المراد منهما و لو لم یعلم ذلک یقع الکلام فی ظهورهما فی ایّ من الوجوه المتقدّمه و اصاله الصحّه لا مدخلیّه لها فی ظواهر الالفاظ المتّبعه فی کشفها عن المراد و الظّاهر هو الحمل علی الوجه الثّانی و قد مرّ فی بعض الحواشی السّابقه لا یق لو سلّمنا صحّه إنشاء العناوین بالمجازات فلا نسلّم صحّته بامثال هذه الالفاظ الّتی تناقض القرینه فیها صریحا مع ذی القرنیه و الّا لم یتحقّق مصداق للعقد الفاسد اذ کلّما فرض فیه الفساد فهو امّا من جهه عدم ذکر العوض او اشتراط ما یخالف السنّه او نحو ذلک من الشّروط الفاسده و امکن ادراجه فی عقد صحیح اخر فانّه یق مع التّصریح بإراده عدم العوضیّه یکون إراده العقد المعاوضی من الجمع بین المتضادّین و هو محال فلا بدّ من صرف لفظ بعت و اجرت بحملهما علی ما لا ینافی المجانیّه کالهبه و نحوها و این هذا من الحمل علی عقد من دون جهه الّا امکان ادراجه و لهم محامل اخر منها حمل القضیّتین علی البیع الفاسد و الاجاره الفاسده و یستدلّ له بانّه إنشاء ما هو صریح فی عنوان البیع و الاجاره و تعقیبه بما ینافی صحّتهما یوجب الفساد و الشّرط فاسد و مفسد امّا فساد الشّرط فلکونه منافیا لمقتضی العقد لانّ البیع و الاجاره من عقود المعاوضات المأخوذه فی ذاتها المعاوضه و اشتراط عدم العوض مناف لذواتها و امّا کونه مفسدا فلانّ التّحقیق وفاقا لجمع من الاساطین هو فساد العقد بفساد الشّرط اذا کان منافیا لمقتضاه و ان لم نقل بالتّلازم بینهما فی جمیع المقامات ثمّ بناء علیه اختلفوا فی الضّمان و عدمه بما تقدّم من کون عموم القاعده باعتبار الصّنف فهما داخلان فی الاصل او الشّخص فهما داخلان فی العکس لانّ البیع و الاجاره بلا عوض لو فرض صحیحا کان الاقدام مجّانا فلا ضمان و الجواب انّک حفظت شیئا و غابت عنک اشیاء و ذلک لانّ خصوص

صيغه لانشاء ليس عقـدا بيعيّا فانّ العقد هو المتحصّل من المجموع و المتحصّل منه فى المقام ليس بيعا لانّ البيع تبديل مال بمال و تمليك مع العوض و مثله الاجاره و الفاسد منهما لا بدّ و ان يفرض فيما كان الاختلال من غير جهه راجعه الى حقيقتهما و منها حمـل البيع بلا ثمن على الهبه الصحيحه لأنّ التّسـليط على العين مجّانا ليس الّا هبه و الاجاره بلا اجره على العاريه الصحيحه ان كـانت متعلّقه بمنفعه الاموال و على التبرّع فى العمل ان كانت متعلّقه بمنفعه الاجير لانّ التّسـليط على منفعه المال او ايجاد العمل مجّانـا ليس الّا عاريه او تبرّعا فى العمل و منها حملهما على ما ذكر مع كونهما هبه و عاريه فاسـدتين و الحكم بالفساد من حيث عدم ايجاد العنوانين بالصّيغه الخاصّه لهما و منها حمل البيع بلا ثمن على البيع الفاسد و ثبوت الضّمان و التّفصيل فى الاجاره بلا اجره بحمل الاجاره فى الاموال على الاجاره الفاسـده و ثبوت الضّمان و الاجاره فى الاعمال على التبرّع و عدم الضّمان و ذهب الى هذا التّفصـيل صاحب المقاصد كما تقدّم نقله و فيه أوّلا ما تقدّم من ضـروره صـرف لفظ بعت و اجرت الى ما لا ينافى ذيل الكلام من التّصـريح بإراده عدم العوضـيّه و ثانيا ما تقدّم أيضا من انّ نهى الشّارع و الحكم بفساد العقد لا يرفع جميع الآثار حتّى ما يترتّب على طيب نفس المالك و اذنه فكما انّ المباشـر هو المقـدم لاتلاف منفعته فكـذلك البائع و الموجز فى اجاره الاموال قد اقدما على التّمليك مجّانا و ثالثا انّ المباشـر فى اجاره الاعمال لم يقدم على العمل الّا بناء على الوفاء بالمعامله و لم يقدم عليه ابتـداء من دون عقـد و لا امر معـاملىّ فـاذا قلنا بالضّمان فى اجاره الاموال فلا بـدّ من القول به فى اجاره الاعمال و منها عـدم دخولهما فى عناوين العقود المعهوده اصـلا لا الفاسـده و لا الصّحيحه و يسـتدلّ له بانّ المنشـئ بعد ما نقض انشائه بالتّقييد بعدم العوض فقـد ابطل ما انشائه و صار كانّه لم يصـدر منه عقـد فتنـدرج المسألتان فى قاعـده اليد و مقتضاها الضّمان ثمّ قد علم من ذلك كلّه ان لا نقض على القاعده على جميع الوجوه و الاقوال من المحامل المذكوره لانّ القول بالضّمان امّا ان يكون من جهه اليـد و قاعـده الاتلاف و خروج المثـالين عن القاعـده اصـلا و عكسا و امّا من جهه دخولهما فى الاصل حيث انّ صـحيح البيع و الاجاره يوجبان ضـمان المبيع و المنافع فكـذلك الفاسد منهما و القول بعدم الضّمان من جهه دخولهما فى العكس فانّ صـحيح الهبه و العـاريه لا يوجبان الضّمان فكـذلك الفاسـد منهما او من جهه حملهما على البيع و الاجاره الفاسـدين و جعل العموم فى القاعده باعتبار الشّخص لا الصّنف و من فصّل بين البيع بلا ثمن و الاجاره فى الاموال و قال بالضّمان فيهما و الاجاره فى الاعمال و قال بعدم الضّمان فيه فهو من جهه دخول الاوّلين فى البيع و الاجاره الفاسدين فيدخلان فى الاصل و دخول الاخير فى التبرّع و خروجه عن القاعده رأسا نعم بناء على الوجه الرّابع من الوجوه المتقدّمه أوّلا فى تشخيص المراد بان علم

کون مراد المتعاملین فی کلّ من المثالین هو التّملیک مع العوض بعنوان عقد البیع او الاجاره و یکون المراد من قول الموجب بلا ثمن و بلا اجره اسقاطهما و عدم استحقاقهما من المشتری و المستاجر و القول بعدم الضّمان و جعل عموم القاعده باعتبار الصنف یجری النّقض علی الاصل و لکنّ الشّأن کما عرفت هو کون العموم باعتبار الشّخص و یکون معنی القاعده انّ کلّ عقد لا یضمن به علی فرض صحّته لا یضمن به مع فساده و شخص هذا البیع و الاجاره لو فرض صحّتهما لا ضمان فیهما فلا ضمان فی فاسدهما و لا وجه لاخذ العموم باعتبار النّوع او الصنف لانّ القاعده وضعت لبیان اشخاص العقود الّتی یفرض وقوعها فی الخارج و بناء علیه فلا نقض لدخول المثالین ح فی العکس الثّالث قد ظهر انّ بناء علی کون عموم القاعده مأخوذا باعتبار الشّخص کانت تامّه بحسب الاصل و العکس و امّا بناء علی اعتبار الصنف فتخلّفها فی بعض الموارد انّما کان لدلیل خاصّ و ذلک لا ینافی تأسیس الاصحاب لها و جعلها ضابطه لما لم یقم دلیل علی خلافها من موارد الشّک و تکون کالعامّ المخصّص و لیست قاعده عقلیّه حتّی تابی عن التّخصیص هذا مضافا الی عدم نقض معلوم متّفق علیه و کانت النّقوض المذکوره جاریه علی بعض التّقادیر و الاقوال الرّابع قد یق انّ قاعده ما یضمن یشمل بحسب الاصل صوره علم البائع بالفساد مع جهل المشتری و الحال انّ مقتضی قاعده الغرور فیها عدم الضّمان و سقوط احترام ماله و الجواب انّهم یلتزمون بالضّمان فیها جریا علی طبق القاعده و ذلک من جهه انّ دخول المشتری و اقدامه لیس مسبّبا عن علم البائع بالفساد و غروره بل السّبب جهله و تقصیره فی تعلّم الاحکام الشّرعیّه الخامس قد یقال انّ فساد العقد المعاوضیّ اذا کان من جهه اللّفظ فالغایه عدم الاعتبار بالعقد الواقع لفساده و لکنّ القبض و الاقباض الواقعین بعده یدخلان المعامله فی المعاطاه و تکون معاطاه صحیحه و اللّازم ح هو الضّمان بالمسمّی مع انّهم یجرون علیه حکم القاعده بحسب الاصل و یعدّونه من المعامله الفاسده و یحکمون بضمان البدل الواقعی و الجواب انّ الایجاب و القبول المتضمّن لانشاء التّملیک و التملّک و قصدهما لا اشکال فی اعتبارهما فی المعامله و الفرق بین العقد و المعاطاه هو حصولهما باللّفظ فی الاوّل و یکون القبض و الاقباض ح من الآثار المترتّبه علی المنشأ و حصولهما بالفعل ای بنفس القبض و الاقباض فی الثّانی و فی العقد الفاسد یکون الانشاء و القصد به لا بالقبض الواقع عقیبه و علیه فما قصد به التّملیک لم یقع و ما وقع من القبض لم یقصد به التّملیک فلیس عقدا صحیحا و لا معاطاه بل الواقع انّما هو عقد فاسد و لا یکون الضّمان ح بالمسمّی بل بالبدل الواقعی من المثل او القیمه

قوله (عموم ما دلّ علی انّ من استأمنه المالک علی ملکه)

لیس الغرض من الاستیمان المالکی هو الاستنابه فی الحفظ فانّها منحصره بالودیعه بل الغرض منه هو التّسلیط النّاشی عن الرّضا و الاذن العقدی فالید مأذونه لا عدوانیّه و ستعرف انّ الاذن العقدی فی مقام التّسلیط حیثیّه تعلیلیّه

لا تقییدیّه

[الثانی من الأُمور المتفرّعه علی عدم تملّک المقبوض بالبیع الفاسد، وجوب ردّه فوراً إلی المالک.]

قوله (الثّانی من الامور المتفرّعه علی عدم تملّک المقبوض)

قد قدّمنا الکلام فی الحکم التّکلیفی فی صدر المبحث و عرفت انّ جواز التصرّف فرع الملکیّه و مقتضی الفساد هو عدم الملکیّه و ذلک یقتضی حرمه التصرّف فی مال الغیر و توهّم انّ الاذن المالکی الّذی کان فی ضمن العقد کاف فی جواز التصرّف فی غیر محلّه لانّ الاذن الّذی یرفع حرمه التصرّف هو الاذن بتصرّف القابض فیما هو ملک للدّافع و المفروض عدم حدوث اذن کذلک من المالک قبل العقد الفاسد او بعده و الاذن الضّمنی الحاصل بسبب العقد قد حکم الشّارع بفساده و قد کان من المالک بعنوان العقد الواقع فی ضمنه و امّا التّسلیط الواقع عقیب العقد فقد کان من باب الوفاء بالمعامله جهلا او تشریعا فی صوره العلم بالفساد لا بعنوان التّملیک البدوی حتّی یکون متضمّنا للاذن فی التصرّف

فان قلت انّ حرمه التصرّف فی الکلیّه الایجابیّه لا اشکال فیه و امّا حرمته فی الکلیّه السلبیّه فلا وجه لها لانّ التّسلیط مجّانا اذا کان مؤثّرا فی رفع الضّمان و الحکم الوضعی فهو رافع أیضا لحرمه التصرّف و الحکم التّکلیفی

قلت عدم الضّمان فی الفاسد من العقد الّذی یقتضی صحیحه عدم الضّمان لو کان من جهه تأثیر العقد الفاسد فی مقتضاه کتاثیر الهبه الفاسده فی ملکیّه المتّهب لکان ملازما لجواز التصرّف و امّا لو کان من جهه التّسلیط علی المال مجّانا و اقدام المالک علی ذلک من دون ضمان فلا وجه لجواز التصرّف و لا ملازمه بین تأثیر التّسلیط فی رفع الضّمان و تأثیره فی الجواز لانّ المفروض عدم اقتران التّسلیط الواقع بعد العقد باذن جدید و قد کان التّسلیط مبنیّا علی الوفاء بالعقد جهلا او تشریعا و قد عرفت انّ الاذن العقدی قد کان من المالک مقیّدا بعنوان العقد الواقع و العنوان العقدی قد کان جهه تقییدیّه للاذن الواقع فی ضمنه و قد حکم الشّارع بفساده و لا ینافی ذلک کون العقد المتضمّن للاذن جهه تعلیلیّه للتّسلیط الواقع بعده و الحاصل انّ مقتضی التّسلیط المذکور فی العقد الفاسد هو انّ العین لو تلفت من دون تفریط لا یضمنها القابض و این هذا من جواز تصرّفه فیها مع فرض عدم ملکیّته لها و بقائها علی ملک الدّافع فلا مانع من شمول الاخبار الدالّه علی حرمه التصرّف فی مال الغیر الّا باذنه و طیب نفسه للمقبوض بالعقد الفاسد و لو کان ممّا لم یضمن

قوله (الّا ان یقیّد بغیرها بادلّه نفی الضّرر)

التّحقیق انّ مئونه الردّ علی القابض لوجوب ما لا یتمّ الواجب الّا به سواء کان المالک و القابض فی بلد القبض بلا نقل من القابض للمبیع او مع نقل منه الی بلد اخر او کان المالک منتقلا الی بلد اخر و الواجب هو الردّ الی بلد القبض حتّی فی الأخیر لا الردّ الی ما انتقل إلیه المالک لامکان الردّ الی بلد القبض بالتّسلیم الی وکیله لو کان و الّا فالی الحاکم لا یق لو افتقر الردّ الی مئونه کثیره

فمقتضـی قاعده لا ضـرر عدم وجوب مئونه الردّ علی القابض لأنّه یق ادلّه نفی الضّرر حاکمه علی ما لا یقتضی فی طبعه الضّرر و الحکم الشّرعی بوجوب الردّ ممّا یقتضی فی طبعه الضّرر فهو حاکم علیها و مخصّص لها لحکومه کلّ حکم مجعول فی موضوع یقتضـی فی طبعه مقدارا من الضّرر علیها نعم لا بأس بالتمسّک بادلّه نفی الضّرر فیما لو احتاج الردّ الی مئونه زائده عن المتعارف بحیث یصدق علیه الاجحاف و یمکن القول بالفرق فی صوره الاجحاف بین علم القابض بالفساد و جهله فیحکم بعدم الضّمان و عـدم وجوب الردّ اذا اسـتلزم مئونه زائـده علی مـا یقتضـیه الردّ بطبعه فی الثّـانی و بالضّـمان و وجوب الردّ فی الاـوّل لانّ مع علم القابض کان هو المقدم علی الضّرر علی نفسه

[الثالث أنّه لو کان للعین المبتاعه منفعه استوفاها المشتری قبل الردّ، کان علیه عوضها علی المشهور]

قوله الثّالث انّه لو کان للعین المبتاعه منفعه)

منافع العین المبتاعه بالعقد الفاسد متلفه أمر تالفه ای استوفاها المشتری أم لـم یستوف مضمونه و حیث کان ضمان المستوفاه منها اظهر من غیرها قدّم الکلام فیها و ما یق من عدم صدق المال علی المنفعه فلا وجه للاسـتدلال بعموم قوله (ع) لا یحلّ مال امرئ مسـلم الّا عن طیب نفسه لا وجه له فانّ المال عباره عن امر اعتباریّ عقلائیّ یبـذل بإزائه و هذا المعنی اعمّ من المنافع و الاعیان و لـذا یجعـل المنـافع ثمنـا فی البیع و صـداقا فی النّکاح هـذا مضافا الی عموم قاعـدتی الیـد و الاتلاف و قـد اسـتدلّ المخالف فی الوسـیله بـالنبویّ المرسل المتلقّی بالقبول بین الاصـحاب و لا بـدّ أوّلا من بیان معنی الرّوایه و الظّاهر انّ المراد من الخراج المنافع کمـا یق خراج الأـرض للامـام (ع) و الباء للسـببیّه او المقابله و المراد من الضّـمان امّا الحاصل من المصـدر و هو کون المال فی عهـده الضّامن سواء کان بجعل منه او من الشّارع کجعله عهـده مال المغصوب علی الغاصب و امّا المعنی المصـدری و هو جعل الضّـمان و المعنی ح انّ تملّک المنافع و اسـتحقاقها بسبب التعهّد بالعین و تعهّد ضمانها سبب لاستحقاق المنافع و علی الثّانی امّا ان تکون السـببیّه من الطّرفین ای کما انّ جعل الضّمان یکون سببا لکون المنافع له یکون قصد تملّک المنافع سببا لجعل الضّمان فکون المنافع له سـبب لجعل الضّـمان و جعل الضّـمان سـبب لکون المنافع له و امّا من طرف واحد و هو الضّـمان فالمعنی جعل الضّـمان سـبب لان تکون المنافع له ساکتا عن الدّلاله علی انّ قصد تملّک المنافع أیضا سـبب للضّـمان أم لا و الظّاهر من الرّوایه بمناسـبه الحکم و الموضـوع إراده المعنی المصـدری لاـنّ کون المنفعه بـإزاء الضّـمان انّمـا ینـاسب المقـابله للضّـمان الجعلی لا القهریّ کما فی قضـیّه من علیه الغرم فله الغنم و هـذا من المرتکزات الّتی لا تقبل الخـدشه و التّردیـد و التقبّل بتعهّد شـی ء یلزمه کون منـافعه له و لاجـل ذلـک کـان فتوی ابی حنیفه المطابق لمعنی الاسم المصـدری سـببا لمنع السّـماء مطرها و حبس الارض برکتها و من هنا یعلم انّ المناسب أیضا هو المعنی الاوّل من المعنی المصدری لانّه المناسب لجعل الضّـمان بحسب الارتکاز فانّ الضّمان اذا کان سببا

لان تكون الخراج له فقصد تملّك المنفعه أيضا سبب للضّمان و هذا المعنى مستنبط من اخبار كثيره متفرّقه مثل قوله (ع) فى مقام الاستشهاد على كون منفعه المبيع فى زمان الخيار للمشترى ألا ترى انّها لو احترقت كانت من مال المشترى فانّ المستفاد من كلامه (ع) هو انّ كون المنافع له انّما هو بإزاء تلف المبيع فى ملكه فالتزام كون المبيع تالفا فى ملكه يناسب ان يكون بإزاء ما قصد من تملّك المنافع و على ما بيّنّا ينحصر مفاد الرّوايه بالضّمان فى العقود الصّحيحه من البيع و نحوه و لا ينتقض مفادها بالعاريه المضمونه فانّ الالتزام فيها خارج عن معناها لأنّ الالتزام فى العاريه ليس بإزاء تملّك المنافع بان يكون قصد تملّك المنافع سببا لالتزامه و لعلّ الامر بالتّامل مضافا الى ما ستعرفه إشاره الى ما ذكرنا هنا و الحاصل انّ الظّاهر من الرّوايه هو انّ جعل الضّمان سبب لان تكون المنافع له بإزاء جعل ضمانه و قصد تملّك المنافع أيضا سبب لجعل الضّمان مع عدم منع الشّارع اذا تمهّد هذا فالجواب عن ابن حمزه ره انّه ان اختار المعنى الاسم المصدرى و وافق أبا حنيفه فهو خلاف ظاهر الرّوايه و ان اختار المعنى المصدرى فالضّمان المبحوث عنه فى المقام ليس ممّا تقبّله المشترى بإزاء تملّك المنافع مع امضاء الشّارع لانّ الضمان المجعول و ان كان من قبل المشترى لكنّ الشّارع منع عنه و لذلك لم يكن مؤثّرا فى تمليك المنافع لا يق انّ الالفاظ موضوعه للمعانى النّفس الامريّه و هى اعمّ من الصّحيح و الفاسد فانّه يق ليس الغرض من عدم تأثير الضّمان المجعول لمنع الشّارع انّه يصير فاسدا بسبب منعه و الفاسد لا يؤثّر بل الغرض انّ منع الشّارع عن هذا الفرد من الضّمان يخرجه عن المفهوم النّفس الامرىّ فانّ منع الشّارع عباره عن تخطئه العرف فى تطبيق المفهوم على هذا المصداق لا الحكم بالفساد و اذا اخرج الشّارع فردا من مصاديق الضّمان فلا وجه لكون المنافع بإزاء الضّمان المجعول و الضّمان الموجود اى ضمان المثل او القيمه هو امر قهرىّ حكم به الشّارع كما حكم بضمان المقبوض بالسّوم و المغصوب و هو لا يكون سببا لان يكون المنافع له كما انّ تقبّل الضّمان لا بقصد تملّك المنافع كما فى العاريه المضمونه ليس سببا لكون المنافع له و كذا تضمين غير المالك كما فى شراء الجاريه المسروقه ليس سببا لكون المنافع للضّامن فما ورد فى هذه المسأله من ضمان منافع الجاريه لا يكون ردّا على الوسيله لانّ الضّمان فى هذه المسأله من باب التصرّف فى مال الغير و الكلام فى المنافع المستوفاه فى البيع الفاسد الحاصل بين مالكى العوضين و كذا تضمين المالك بلا امضاء من الشّرع ليس سببا لان يكون المنافع له

قوله و الحاصل انّ دلاله الرّوايه لا تقصر عن سندها)

كانّه اعتراف باجمال الدلاله و قد بيّنّا ظهورها فيما عرفت و امّا السّند فهى و ان كانت مرسله لكنّها من القواعد المتلقّاه بالقبول عند علمائنا اجمع نعم لو فرض اجمالها امّا باحتمال إراده المعنى الاسم المصدرى و امّا باحتمال ان يكون المراد بالخراج ما يتقبّل فى الاراضى الخراجيّه فتكون اجنبيّه عن المقام اصلا لا يترك لاجلها

عموم دليل احترام مال المسلم و لا يجوز تخصيصه بالرّوايه كما لا يجوز تخصيصه بقاعده كلّما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده لو منع انّ القاعده تجرى فيما هو مصبّ العقد و مورده و هو نفس العين دون المنافع و انّ جعل القاعده لبيان الرّافع من الضّمان لا لبيان ما يقتضى الضّمان و لكن قد مرّ انّ جعل القاعده لبيان ذلك و يختصّ بمورد العقد و الحكم بضمان المنافع فى البيع الفاسد حكم شرعىّ ثبت بالدّليل و هو قاعده ضمان مال المسلم

قوله (و على هذا فالقول بالضّمان لا يخلو عن قوّه)

قد عرفت انّه الاقوى لثبوت المقتضى و هو عموم اليد و توهّم عدم صدق الاخذ بالنّسبه الى المنافع لا وجه له لانّ الاخذ كنايه عن الاستيلاء و ليس بمعنى القبض و كما انّ قبض المنفعه يتحقّق بقبض العين كذلك اخذها و ما يتحقّق به القبض فى المنافع و هو تسلّم العين يتحقّق به الاخذ و التّفكيك بينهما فى غايه السّقوط نعم قد يكفى التّخليه فى القبض و لكن لا بمعنى انّها قبض حقيقه و ليست باخذ بل بمعنى انّها قبض حكما و بالجمله العقود المتعلّقه بالمنافع كالاجاره يتحقّق قبضها و اخذها بتسليم الموجر العين و تكون المنافع مقبوضه و مأخوذه بتبع الاستيلاء على العين و دعوى تحقّق الرّافع مستدلّا بقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فانّ صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشترى للمنفعه لانّها له مجّانا و لا يتقسّط الثّمن عليها و ذلك يقتضى الحكم بعدم الضّمان مط كما عن الايضاح كدعوى تحقّقه فى خصوص صوره علم البائع كما عن بعض من كتب على يع مستدلّا بانّ البائع لمّا علم بفساد البيع و عدم تملّك المشترى للمبيع فهو المقدم على استيلاء المشترى على المنافع لا يلتفت إليها امّا الاولى فلما عرفت من خروجها عن مورد القاعده و كون المنفعه تابعه لحكم العين انّما هو لحكم شرعىّ تابع لصحّه العقد و ليس ممّا اقدم عليه البائع مجّانا و لو اقتضى القاعده عدم الضّمان فيها فلا بدّ من اقتضائها ذلك فى المستوفاه أيضا و توهّم انّ ضمانها مع الاستيفاء لاجل الاتلاف لا للقاعده لانّها بالنّسبه الى التّلف غير وجيه فانّ الاقدام بالمجانيّه كما يرفع الضّمان النّاشى عن قاعده اليد كذلك يرفع النّاشى عن قاعده الاتلاف و ليس الضّمان فى المستوفاه الّا لعدم اقدام المالك مجّانا فيدخل فى قاعده الاتلاف و اليد و الضّمان فى الفائته أيضا كذلك و لا وجه للتّفكيك و بالجمله مورد القاعده اصلا و عكسا انّما هو فيما وقع عليه العقد امّا اصاله كنفس المبيع و امّا تبعا كالاوصاف دون ما لا يكون كذلك و امّا الثّانيه فلوجوه منها انّ مقتضى ذلك التّفصيل فى المستوفاه أيضا و منها انّه لا ينافى العلم بالفساد البناء على الصحّه تشريعا و الاستيلاء الرّافع للضّمان هو الاستيلاء المالكى بان يكون ملكا للمالك و يأذن للقابض فى التصرّف لا البناء على ان يكون ملكا للقابض تشريعا و منها انّ الاقدام على المجانيّه فى صوره العلم بالفساد انّما هو بالتّسليط و الاستيلاء على العين لا على المنفعه و بالفرض ليس للمالك نظر إليها و من الواضح انّ التمسّك بدليل الاقدام يتبع نظر المالك فان كان نظره تسليط المنفعه مجّانا بالنّظر الاستقلالى بان

تكون المنفعه موردا للعقد و كان التّسليط على العين مقدّميا لكان للتمسّک بدليل الاقدام مجال فانّ التّسليط على المنافع ان كان على وجه التّعويض فهو اجاره و ان كان على وجه المجانيّه فهو عاريه و امّا ان كان نظره تسليط العين مجّانا بالنّظر الاستقلالى فلا مجال للكلام فى تحقّق الضّمان و عدمه بالنّسبه الى المنافع لانّه ان تحقّق التّضمين فهو بيع و الّا فهبه و لم يتحقّق تسليط مجّانى على المنافع حتّى يبحث انّه رافع للضّمان أم لا

[الرابع إذا تلف المبيع، فإن كان مثليّا وجب مثله]

قوله (و ح فينبغى ان يق كلّما كان مثليّا)

الظّاهر انّه لا اعتبار بالاجماع المدّعى فى المقام على انّ المثلى يضمن بالمثل و القيمى بالقيمه حتّى يتمسّک به فى موارد الشّک لوجهين الاوّل انّ الظّاهر عدم وصول حكم تعبّدى من الشّارع إليهم بالنّسبه الى اللّفظين و انّما عنونوها بعد حكمه بالضّمان فمدرک المجمعين هو ادلّه الضّمانات و تقسيمهم الضّمان إليهما و تعيين مواردهما انّما هو من حيث ما هو المرتكز فى الأذهان العرفيّه و ذلک لانّ نفس العين كانت فى الذمّه و العهده و وجب الخروج عن عهدتها لكن لمّا لم يمكن ردّ نفسها وجب دفع عوضها فهى باقيه فى العهده الى حين الاداء و ردّ البدل انّما يكون من باب الوفاء و بعد استفاده ذلک من ادلّه الضّمان فلو تلف المأخوذ يكون ادائه بما يعدّ اداء له بالعرف و العاده و الظّاهر عند العرف و المرتكز فى اذهانهم هو اداء المثل فيما يرونه مثليّا و اداء القيمه فيما يرونه قيميّا و بردّ كلّ فى مورده يرون صدق ردّ العين المستقرّه فى الذمّه و الى ما ذكرنا ينظر ما ذكره المصنّف ره بقوله و لكن يمكن ان يقال انّ القاعده المستفاده من اطلاق الضّمان فى المغصوبات الى اخر كلامه الرّاجع الى تعيين ما هو المتعارف عند العرف من البدل و لكنّ الفارق هو انّه ره جعل المثل اصلا بدعوى انّه اقرب الى التّالف و خلاصه ما ذكرنا هو التّنويع بنظر العرف و انّ المرتكز فى اذهانهم فى باب الضّمانات هو وجوب اداء التّالف بالمثل لو كان عندهم مثليّا و بالقيمه لو كان قيميّا من دون ان يرون ردّ المثل اصلا فى الخروج عن عهده العين فلا تغفل الثّانى انّه لم ينعقد على مفهوم مبيّن حتّى يكون النّزاع فى مورد الشّک نزاعا صغرويّا و اختلافا فى تطبيق المفهوم المبيّن على المشكوک بل انعقد على مفهوم مجمل كما يظهر ذلک من كلمات المصنّف قدّس سرّه و على ما ذكرنا من كون مدركهم هو ادلّه الضّمان و تقسيمهم بالنّظر الى ما هو المتعارف عند العرف من البدل يمكن كون شى ء فى زمان او بلد مثليّا او قيميّا بهذا اللّحاظ و فى زمان او بلد اخر يكون على خلافه

قوله (و لكن يمكن ان يقال انّ القاعده المستفاده)

ينبغى فى المقام التّنبيه على امرين احدهما انّ الظّاهر من قوله (ص) على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى بقرينه الذّيل و هو حتّى تؤدّى انّ ما يمكن ادائه يتعلّق بالذمّه و تشتغل به و ما لا يمكن ادائه لا يتعلّق بها و لا يستقرّ فيها و الّا يلزم عند الاداء تعذّره فيسقط الضّمان و اشتراط كونه ممكن الاداء

عادىّ اى يمكن ادائه بحسب العاده لا عقلىّ فلو لم يوجد المثل الّا عند من لا يبيعه أم عند قليل من النّاس و فرد نادر منهم بحيث لا يكون مبذولا يكون المضمون ملحقا بالقيمىّ ثانيهما انّ الموصول فى قوله (ص) على اليد ما اخذت امّا ان يكون هو المبتدأ و امّا ان يكون المبتدأ مضافا مقدّرا و يكون تعلّق العين و الذّات الخارجى باليد المراد منها صاحبها باعتبار الاستيلاء باعتبار ذلك المقدّر كالعهده و الدّرك و الخساره فعلى الاوّل يكون المستقرّ فى الذمّه نفس العين و على الثّانى يكون دركها و خسارتها و لاجل هذا الاختلاف قد يقال انّ بناء على الاوّل يكون الاصل فى موارد الضّمان هو الضّمان بالمثل الّا ما خرج بالدّليل من اجماع و نحوه لانّ المستقرّ ح فى الذمّه هو نفس العين بجميع خصوصيّاتها و اذا تلفت و لم يمكن اداء الخصوصيّه العينيّه سقطت لما تقدّم من انّ ما لا يمكن ادائه لا يستقرّ فى الذمّه و لكنّ الخصوصيّه النوعيّه و الماليّه باقيه فى الذمّه و ذلك يقتضى الخروج عنها باداء المثل و بناء على الثّانى يكون الاصل هو القيمه لانّ مفاد الرّوايه ح انّ الخساره مضمونه على اليد و ليست هى الّا الماليّه و هى القيمه فقط لا الصّفات و الخصوصيّات بل قد عرفت فيما مرّ بعد اثبات ظهور الجمله فى افادتها لبيان الحكم الوضعىّ من حيث انّها اذا دلّت على الحكم التّكليفى فمعناه وجوب الحفظ و هو بديهىّ و حملها على وجوب ردّ العين غير وجيه لمكان جعل الاداء غايه مضافا الى انّ حمل الرّوايه على الحكم التّكليفى يستلزم خلوّها عن بيان حكم المأخوذ بعد التّلف انّها متى كانت لبيان الحكم الوضعى لم يحتج الى الحذف و التّقدير اصلا فانّ كلمه على الموضوعه للضّرر تدلّ على الضّمان و العهده كدلاله اللّام على الملك عند الاطلاق فكما انّ اللّام موضوعه لمطلق الاختصاص و تنصرف عند الاطلاق الى الاختصاص المطلق الملازم للملكيّه فكذلك تنصرف عند الاطلاق الى التضرّر المطلق المساوق للضّمان و الخساره او ملازم له و ليست هى الّا الماليّه و هى القيمه و ان شئت قلت انّ بناء على الوجه الاوّل و كون المستقرّ فى الذمّه نفس العين يكون مفاد الرّوايه هو ضمان الماليّه و استقرارها فى الذمّه و يكون الاصل ح أيضا هو ضمان القيمه لا المثل اذ لا وجه أيضا لدخول الصّفات النوعيّه و الصنفيّه تحت الضّمان حتّى يقتضى كون الاصل هو الضّمان بالمثل فانّ الصّفه لو لم يوجب تفاوتا فى الماليّه فهى تابعه للعين و اذا سقطت شخص العين بتلفها عن الذمّه سقطت ما كانت من الصّفات لا توجب تفاوتا فى الماليّه و اقتضاء بعض الصّفات النوعيّه او الصنفيّه تفاوتا فى الرّغبه من دون تفاوت فى الماليّه لا اثر له بعد سقوط العين عن الذمّه و لكنّ الانصاف عدم تماميّه ما ذكر و عدم دلاله الرّوايه على الضّمان بالمثل او القيمه اصلا فانّ بناء على التّقدير الثّانى و هو كون المبتدأ مضافا مقدّرا لا وجه لتعيين الضّمان بالقيمه لانّ خساره كلّ شى ء و دركه الثّابت بالرّوايه قد يقتضى اداء المثل و قد يقتضى اداء القيمه و هذا أمر

یساعده العرف و لو کان تقدیر الخساره او التّدارک او ثبوت العین فی الذمّه مقتضیا لضمان المالیّه فقط لکان الجائز مع بقاء العین و عدم تلفها کفایه اداء المالیّه بردّ القیمه کما انّ بناء علی التّقدیر الاوّل فمجرّد کون المبتدأ هو نفس العین المأخوذه و استقرارها فی الذمّه لا یقتضی تعیین الضّمان بالمثل و کونه الاصل فی ضمان العین لما عرفت من انّ استقرار نفس العین فی الذمّه لا یقتضی استقرار الصّفات النوعیّه او الصنفیّه فیها و دخولها تحت الضّمان فی عرض استقرار العین بل دخولها انّما هو من حیث تبعیّتها للعین و اذا سقطت شخص العین بتلفها عن الذمّه سقط استقرار تلک الصّفات و کون المثل اقرب الی التّالف لا یوجب تعیینه ما لم یساعد العرف علی انّ تادیته اداء للعین التّالفه و کذا الکلام فی استقرار المالیّه فی الذمّه فانّها علی الفرض انّما دخلت فی الضّمان بتبع دخول شخص العین و تعلّقها بالذمّه و الحاصل قد تقدّم انّ النبوّی معناه علی عهده الید ما اخذت حتّی تؤدّی و یشمل بعمومه صوره بقاء العین و تلفها فانّ العهده صادقه علی تلف العین و الاداء و ان کان بنفسه ظاهرا فی ردّ العین فیقتضی ثبوت العهده فی صوره بقاء العین و لکنّ الظّهور العرفی یقتضی التّوسعه فی الاداء و کما یحکم العرف بانّ ردّ العین فی صوره بقائها یکون اداء لها کذلک یحکم بانّ ردّ المثل او القیمه فی صوره التّلف اداء لها و ان شئت قلت انّ مقتضی الظّهور العرفی هو عموم الضّمان لصوره التّلف و یکون اعتبار تعیین احدهما بدلیل خارج و هو حکم العقل فانّا لمّا رأینا أنّ الشّارع لم یبیّن ما یعیّن المضمون به عرفنا انّه احال هذا الامر الی العرف و من هنا تعلم انّ مع التّلف کلّ ما صدق عرفا انّه اداء للعین و به یخرج عن عهدتها هو الّذی یتعلّق به الضّمان و هو یختلف باختلاف الموارد ففی بعضها صدق الاداء بردّ المثل و فی بعضها بردّ القیمه و کذا الکلام فی الآیه الشّریفه فانّ بعد تسلیم ظهورها فی اعتبار المماثله فی الاعتداء و المعتدی به لا دلاله فیها علی تعیین المثلی و القیمی الّا بالاتّکال علی العرف و حیث لم یکن اصل لفظیّ من قاعده الید و الآیه یتمسّک به لتعیین المثل او القیمه فی الموارد المشکوکه لا بدّ من الرجوع الی الاصول العملیّه

قوله (ففی موارد الشّک یجب الرّجوع الی المثل بمقتضی الدّلیل)

خلاصه القول فی ذلک انّه قد یقال الاصل هو الاحتیاط لانّ العین بنفسها مستقرّه فی الذمّه بمقتضی النّبوی المرسل و ذلک یقتضی ضمان العین بجمیع خصوصیّاتها و اداء القیمه غیر معلوم انّه مسقط لما فی الذمّه و قد یقال انّ الاصل هو البراءه لانّ المبتدأ فی النبوّی مقدّر و مفاده انّ خساره العین التّالفه مضمونه علیه و الخساره الزّائده علی المتیقّن و هو القیمه غیر معلوم فالاصل البراءه و یردّان بانّه لو علم مفاد علی الید ما اخذت حتّی تؤدّی بالنّسبه الی المثل و القیمه لم یبق شکّ حتّی یقال بانّ الأصل

هو البراءه او الاحتياط مضافا الى ما عرفت سابقا من بطلان هذا البناء و انّما الكلام بعد الفراغ عن عدم استفاده شى ء من خصوص المثل او القيمه عن دليل الضّمان و عدم دلالته على خصوصيّته المضمون به و الاوجه فى النّظر هو تخيير الضّامن لا لاصاله براءه ذمّته عمّا زاد على ما يختاره لما ذكرنا من كون المقام من دوران الامر بين المتباينين لا من الاقلّ و الاكثر و لا لانّه من باب تخيير المجتهد فى الفتوى فانّه فى تعارض الخبرين و كذا لا من باب التّخيير بين الاحتمالين الّذى هو رابع مراتب الامتثال فانّه فيما لا يمكن الاحتياط بالجمع بينهما بل لما عرفت الاشاره إليه من انّ العلم الاجمالى و الاشتغال اليقينى لا يؤثّر عندهم فى وجوب الاحتياط فى الماليّات لقاعده الضّرر و ان ابيت عن كون الضّرر مانعا عن وجوب الاحتياط بدعوى عدم الفرق بين المقدّمه العلميّه و المقدّمه الواقعيّه و قد اتّفقوا على عدم مانعيّته و وجوب تحمّله فيما كان من قبيل الثانيّه يقال انّه كما يعلم الضّامن باشتغال ذمّته باحد الامرين من المثل و القيمه كذلك يعلم المالك بانّه يحرم عليه اخذ الزّائد من احدهما فيتزاحم حقّهما و اذا لم يمكن الموافقه القطعيّه للعلم الاجمالى فيكفى الموافقه الاحتماليّه و نتيجته تخيير الضّامن باحدهما و امّا تخيير المالك باستصحاب الاشتغال فيجاب عنه مضافا الى دعوى الاجماع على عدمه بانّ المتيقّن غير معلوم و القدر المشترك اى العين لا يثبت استصحاب بقائه تعيين المثل او القيمه حتّى يمكن استصحاب الاشتغال بعد اداء القيمه و يمكن ان يق انّ ما ذكر من عدم الوجه للرّجوع الى اصاله البراءه لاثبات تخيير الضّامن انّما يتمّ بناء على القول بقيمه يوم القبض او يوم التّلف او اعلى القيم لانّ العلم الاجمالى ح يكون من المتباينين و ذلك لانّ بناء عليها تستقرّ العين فى الذمّه مقدّره بمقدار خاصّ من الماليّه سواء كان بالمقدار الخاصّ الّذى يسوى العين فى يوم القبض او يوم التّلف او اعلى القيم و لا يتساوى دائما قيمه المثلى يوم الاداء و المقدّر فى يوم القبض او يوم التّلف او اعلى القيم بل قد يكون قيمه المثلى اقلّ فلا يفيد اصل البراءه عن الخصوصيّه و امّا بناء على القول بقيمه يوم الاداء فلا مانع من اجراء البراءه و ذلك لانّ بناء عليه تستقرّ العين فى الذمّه غير متقدّره بمقدار من الماليّه الى يوم الاداء و يوم الاداء لو قدّر بالماليّه يشكّ فى انّ الواجب هو دفع هذا المقدار من المال المشترك بين ان يكون العين قيميّه او مثليّه لانّ القيمه فى القيميّ و المثلىّ يوم الاداء متساويه لا محاله او انّ الواجب اداء المقدار من المال فى ضمن الخصوصيّه المثليّه و مرجع الشكّ الى الاقلّ و الاكثر بل يمكن ان يتمسّك لاثبات التّخيير بالاستصحاب مط بان يقال اصل الماليّه المشتركه بين المثل و القيمه متيقّنه و القيمه ليست امرا مباينا لماليّه المثلى بل القيمه عباره عن الماليّه و عدم الخصوصيّه العينيّه و بعباره اخرى المثل له خصوصيّه وجوديّه و القيمه ليست الّا المركّب من الماليّه و الامر العدمى و هو عدم الخصوصيّه و القيد الوجودى و هو الماليّه

ثابت على ایّ حال و العدم محرز بالاصل و هو استصحاب عدم تعلّق الخصوصيّه بالذمّه و اذا انتفت الخصوصيّه بالاصل و كان القيمه عباره عن الماليّه مع عدم الخصوصيّه احرز تمام قيديه بالوجدان و الاصل الماليّه بالوجدان و عدم الخصوصيّه بالاصل و بالجمله على تقدير كون المرجع هو اصل البراءه كان اجرائها منحصرا بالقول بقيمه يوم الاداء و على تقدير كونه هو الاستصحاب اى استصحاب عدم اشتغال الذمّه بالخصوصيّه المثليّه مع العلم باشتغالها باصل الماليّه كان جاريا مطلقا من غير فرق بين القول بقيمه يوم الاداء و غيره و لا يعارض استصحابه باستصحاب عدم اشتغال الذمّه بالقيمه لانّها ليست الّا المال مع عدم الخصوصيّه و لا تشتمل على خصوصيّه وجوديّه حتّى يقع طرفا فى العلم الاجمالى بل ليست القيمه الّا مترتّبه على عدم ثبوت المثل فانّ منشأ الشكّ فى كون التّالف قيميّا او مثليّا هو الشّك فى انّ الذمّه اشتغلت بالمثل أم لا و اذا استصحب عدم اشتغالها به بالتّقريب المذكور ارتفع الشكّ عن المسبّب و تعيّن القيمه و هذا الترتّب شرعيّ لانّ المدّعى كون الشّارع رتّب القيمه على عدم الضّمان بالمثل لانّ عموم على اليد ما اخذت اثبت الضّمان فى كلّ مأخوذ مثليّا او قيميّا و اوجب ادائه و من آثار اداء المأخوذ اذا لم تستقرّ الخصوصيّه العينيّه و الصّفات المتقاربه اداء ماليّته فرتّب اداء الماليّه و هى القيمه على عدم تعلّق الصّفات بالذمّه فبعدم تعلّقها بالذمّه يترتّب تعلّق القيمه بها

فان قلت لا اشكال فى انّ بقبض العين تستقرّ بالذمّه بخصوصيّتها العينيّه و صفاتها المطلقه و مع تلفها نقطع بارتفاع الخصوصيّه العينيّه الشخصيّه و امّا صفاتها النوعيّه و الصنفيّه فمقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال بها

قلت نعم لا اشكال فى انّ مع بقاء العين يجب ردّ شخصها و لكنّ المدّعى هو انّ حين التّلف استقرارها فى العهده بخصوصيّتها الصنفيّه و صفاتها المطلقه غير معلوم و المتيقّن هو استقرارها بماليّتها فالمتيقّن من الضّمان و ما استقرّ فى الذمّه حين التّلف هو نفس الماليّه و استقرار الخصوصيّات مشكوكه من أوّل الامر و لم يعلم تعلّق الصّفات فى الذمّه حينا ما حتّى يستصحب فالمتيقّن المعلوم ليس الّا الماليّه و القيمه ليست الّا الماليّه مع عدم الخصوصيّه و بعباره اخرى لا علم باستقرار الصّفات المطلقه فى العهده حين تلف العين حتّى يستصحب لانّ الضّمان الثّابت بدليل على اليد ليس الّا بما يمكن ادائه و ذلك لجعل الاداء غايه للضّمان و الخصوصيّه الشخصيّه لا يمكن ادائها فلا تستقرّ فى الذمّه و الخصوصيّات الاخرى الّتى لا تتفاوت بها الماليّه تابعه للعين و لا دليل على ثبوتها و ان امكن ادائها غير دليل ثبوت العين نعم لو قام دليل على استقرارها فى الذمّه كما اذا احرز انّها مثليّه فلا اشكال و بالجمله قد ظهر انّه لا بأس بدعوى

اصاله القیمیّه بعد اثبات مقدّمتین الاولی عدم العلم باستقرار مطلق الصّیفات فی الذمّه و الثانیه کون القیمه مترتّبه علی المثل و واقعه فی طوله لا فی عرضه و مع فرض عدم تمامیّه المقدّمتین فمقتضی العلم الاجمالی بالمتباینین تعارض الاصل من الطّرفین و لا مناص الّا بالصّلح

[الخامس ذکر فی القواعد: أنّه لو لم یوجد المثل إلّا بأکثر من ثمن المثل، ففی وجوب الشراء تردّد]

قوله (لعین ما ذکر فی الصّوره الاولی)

و هو عموم النّص و الفتوی و الاقرب عدم وجوب الشّراء و کفایه دفع القیمه لما عرفت من انّ من قیود المثلی کون المثل کثیرا مبذولا و قد استظهرنا هذا القید من امکان الاداء عاده و لا فرق فی ذلک بین التعذّر ابتداء و عارضا و کما انّ تعذّر المثل بحسب العاده فی الابتداء موجب لعدّ العرف دفع القیمه اداء للعین فکذلک فی صوره طروّه لعارض

[السادس لو تعذّر المثل فی المثلی، فمقتضی القاعده وجوب دفع القیمه مع مطالبه المالک]

اشاره

قوله (السّادس لو تعذّر المثل فی المثلی)

الحقّ کما علیه المشهور و ستسمعه فی المتن هو ضمان قیمه المثل المتعذّر بقیمته یوم الدّفع و اثباته یتوقّف علی امرین الاوّل انّ تعذّر المثل فی المثلی هو یوجب الانقلاب بمعنی سقوط المثل عن الذمّه و اشتغالها حین التعذّر بالقیمه أم یبقی المثل فی الذمّه الی زمان المطالبه فینقلب حینها أم الی الاداء فلا ینقلب اصلا و انّما یؤدّی القیمه بدلا عنه نظیر الوفاء بغیر الجنس و تظهر الثّمره فی انّه هل للضّامن الزام المالک باخذ القیمه بمجرّد التعذّر أم له الصّبر الی زمان یوجد فیه المثل و الظّاهر هو الاخیر لعدم دلیل علی الانقلاب بعد ان کانت العین مثلیّه و تلفت سواء فی ذلک انقلاب العین او المثل و الحاصل انّه لا اشکال فی انّ للمالک القاء الخصوصیّه المثلیّه و المطالبه بالقیمه و امّا انّ للضّامن الزام المالک باخذ القیمه فلا دلیل علیه و الثّانی انّ القاء الخصوصیّه المثلیّه و التّجاوز عن الصّیفات هل هو بمنزله اسقاط العین فی انّها بمجرّد الاسقاط و الابراء تسقط أم لا بل تبقی الخصوصیّه الی ان یتحقّق مصداق الاداء و تظهر الثّمره فیما لو وجد المثل بعد المطالبه بالقیمه و قبل الاداء فبناء علی سقوط الخصوصیّه لیس للمالک مطالبه المثل ثانیا بخلاف البناء علی عدمه و الظّاهر هو الاخیر لانّ الصّیفات و الخصوصیّات لم یتعلّق بها ضمان مستقلّا بل هی تابعه للعین و من کیفیّاتها و لیست من کمیّاتها القابله للابراء و الاسقاط مستقلّا نعم بعد اداء القیمه یسقط حقّ المالک عن المثل و لو وجد بعده لتحقّق مصداق الاداء باداء ما جعله المالک مصداقا لوفاء حقّه و الحاصل لا اشکال فی انّ للمالک الرّضا بالنّاقص ای الفاقد للخصوصیّه المثلیّه و قبل الاداء یکون المثل باقیا فی الذمّه بجمیع خصوصیّاتها و بعد الاداء تسقط بجمیع خصوصیّاتها لما ثبت من الخارج انّ ما رضی به المالک اداء لما له یتحقّق به الاداء کما فی القرض فللمالک القاء الخصوصیّه و الاکتفاء بغیرها او ابقائها فی ضمان الضّامن من تبعا لضمان العین کما

فى البيع فلو اشترى مثلا عبدا موصوفا بصفه كذا و سلّمه البائع بغير هذه الصّفه فللمشترى الرّضا بالفاقد بدلا عن ماله و له الخيار بالنّسبه الى الصّفه اى تبديل العبد بالعبد الموصوف لا الخيار فى أصل العقد لانّ الماليّه الّتى هى الرّكن فى البيع لم تتخلّف و انّما تخلّف الوصف الّذى لم يتعلّق به البيع ففقده لا يوجب خيارا فى اصل البيع بالنّسبه الى الوصف

قوله (و حاصل جميع الاحتمالات فى المسأله مع بيانها)

لا بدّ من الكلام فى مقامين الاوّل فى التعذّر الطّارئ فاعلم انّه امّا ان نقول بالانقلاب و امّا ان نقول بعدمه و على الثّانى فالقيمه المتعيّنه بعد المطالبه امّا قيمه يوم المطالبه بناء على سقوط الخصوصيّه باسقاطها او قيمه يوم الاداء بناء على عدم سقوطها او الا على من يوم تلف العين الى يوم المطالبه او الى يوم الاداء و ذلك لانّ مبدأ اعلى القيم فى المقام بناء على عدم الانقلاب هو تلف العين فانّه أوّل وقت تعلّق الضّمان بالمثل فيوم تلف العين بمنزله يوم الغصب فى القيميّات الّا على القول ببقاء القدر المشترك فانّ مبدئه ح يوم اخذ العين كما ستعرفه و على الاوّل اى الانقلاب من جهه انّ ظاهر على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى هو امكان الاداء دائما فلو تعذّر فى وقت انقلب الى القيمه و ليكن التعذّر بمنزله الموضوع حتّى لا ينافى الانقلاب الرّجوع الى المثل بعد وجوده ثانيا فامّا ان نقول بانقلاب المثل الى القيمه من جهه انّ العين كانت مثليّه و بتلفها انتقلت الى مثلها فالمضمون به بعد تلف العين هو المثل فاذا تمكّن منه يجب ردّه و اذا تعذّر يجب قيمته لانّ مقتضى قاعده على اليد ما اخذت هو ضمان المال بخصوصيّه العينيّه و الصّفات و الماليّه و اذا تعذّر خصوصيّه العين تعيّن ما هو مثلها فى الصّفات و الماليّه و انتقل ضمان العين الى ضمان ما هو مثلها فى الصّفات و الماليّه و اذا تعذّر المثل يجب اداء قيمته لا قيمه العين لانّها بعد تلفها لم يتعلّق بها الضّمان حتّى يجب اداء قيمتها و امّا ان نقول بانقلاب العين الى القيمه بدعوى انّ الاقرب الى التّالف متعيّن فى الضّمان فالعين اذا وجد مثلها يكون هو الاقرب إليها و أمّا اذا لم يوجد فقيمه العين اقرب للتّالف من قيمه المثل و لكن دعوى كون القيمه اقرب الى التّالف بعد تعذّر المثل ممنوعه لانّ الاقرب الى التّالف ما هو المشابه له بحسب النّوع فى الصّفات ان لم يوجد المشابه فى الصّفات ثمّ المشابه فى الجنس مع انّه لا دليل على انّ الاقرب إليه هو المتعيّن فى الضّمان و امّا ان نقول بانقلاب القدر المشترك بدعوى انّ ذلك لازم القول بضمان اعلى القيم فى القيميّات بالبيان الآتى فى المتن بقوله قدّس سرّه و لو قلنا بضمان

اعلى القيم من حين الغصب الى حين التّلف كما عليه جماعه من القدماء توجّه ضمانه الخ و حاصله انّه لو قلنا بضمان اعلى القيم من حين الغصب الى حين التّلف كان اللّازم فى المقام بناء على الانقلاب ضمان اعلى القيم من حين قبض العين الى زمان اعواز المثل و هذا هو ضمان القدر المشترك و ذلك لانّه لا اشكال فى انّ فى القيميّ و لو بناء على القول بضمان اعلى القيم و استقرار ارتفاع القيمه السوقيّه فى الذمّه يسقط الضّمان باداء نفس العين فكذلك لا بدّ فى المقام من سقوط الضّمان بردّ العين او المثل و امّا مع عدم ردّ احدهما التعذّر المثل بعد تعذّر ردّ العين كان اللّازم بناء على القول باعلى القيم هو استقرار ارتفاع القيمه السوقيّه الجامعه بين قيمتى العين و المثل و على القول بانقلاب المثل الى القيمه فلو قلنا فى القيميّات بضمان قيمه يوم الدّفع فالقيمه هنا أيضا قيمه المثل يوم الدّفع و كذلك بناء على القول بانقلاب العين او القدر المشترك و لو قلنا باعلى القيم فسيجى ء حكمه و لو قلنا فيها بقيمه يوم التلف يلزم فى المقام قيمه يوم الاعواز اذ هو يوم تلف المثل و لو قلنا فيها بقيمه يوم القبض يلزم فى المقام قيمه يوم تلف العين لانّه يوم الانتقال الى المثل فاوّل ضمان المثل هو يوم تلف العين و يوم تلفه يوم اعوازه و على القول بانقلاب العين الى القيمه فلو قلنا فى القيميّات بقيمه يوم الدّفع يلزم هنا قيمه يوم الدّفع أيضا و لو قلنا باعلى القيم فسيجى ء حكمه و لو قلنا بقيمه يوم التّلف يلزم فى المقام قيمه يوم تلف العين لا اعواز المثل اذ المفروض انّ العين انقلبت قيميّا و يوم تلف القيميّ فى المقام هو يوم تلف العين و لو قلنا بقيمه يوم القبض فيمكن ان يقال فى المقام بقيمه يوم تلف العين لانّ العين ما دامت موجوده يجب ردّها و معنى ضمانها انّها لو تلفت يجب ردّ مثلها او قيمتها و قبل تعذّر المثل يكون المضمون به هو المثل لانّ العين مثليّه و مبدأ ضمان القيمه فى المثلى المتعذّر هو تلف العين و يمكن ان يقال انّه لو قلنا فى القيميّات بقيمه يوم القبض يلزم فى المقام قيمه يوم القبض أيضا بنحو الشّرط المتأخّر بان يكون ضمان قيمه العين يوم القبض مشروطا بتلفها و تلف مثلها و لكنّ الانصاف هو القول بقيمه يوم القبض فى المقام على تقدير القول المذكور لا من حيث من ذكر إذ لا دليل على ثبوت الضّمان بنحو الشّرط المتاخّر بل من جهه انّ العين اذا قبضت تحقّق ضمانها بماليّتها و صفاتها النوعيّه و الصنفيّه و الشّخصيّه فاذا تلفت و لم يمكن اداء شخصها ينتقل الضّمان الى مثلها لو كانت مثليّه و الى قيمتها لو كانت قيميّه ففى حين ضمان الشّخص يندرج ضمان المثل و الماليّه تحت الضّمان فى المثلى و الماليّه وحدها فى القيميّ و فى عرض ضمان الشّخص ضمان الماليّه

ثابت أيضا فاللّازم هو الحكم باداء قيمه يوم الضّمان و على القول بانقلاب القدر المشترک من حيث القول بضمان اعلى القيم فى القيميّات ستعرف حكمه و اذا علمت الوجوه المبنيّه على غير القول باعلى القيم فى القيميّات فاستمع للوجوه المبنيّه على القول بذلک مستدلّا عليه بانّ القيمه السّوقيّه بمنزله الصّفات فكما انّ الصّفات لو تغيّرت عند الغاصب كأن كان المغصوب كاتبا او صار عند الغاصب كذلک ثمّ زال وصف الكتابه عنده يضمن الغاصب هذه الصّفه كذلک يضمن ارتفاع قيمه المال فاذا كان فى زمان الغصب يسوى قيمه العين عشره ثمّ صارت قيمتها عنده عشرين ثمّ عاد الى العشره يضمن العشرين و لكن ضمان ارتفاع القيمه مشروط بتلف العين اذ لو ردّ العين لا اشكال فى عدم ضمانه شيئا الّا اذا صارت العين مسلوبه القيمه فانّها ح فى حكم التّلف كما سيظهر فى محلّه إن شاء اللّه تعالى و تفصيل ذلک انّ الوجوه فى المقام تختلف بناء عليه لانّ فى المقام امّا ان نقول بالانقلاب أم لا و على الانقلاب فامّا ان نقول بانقلاب المثل او العين او القدر المشترک و على عدم الانقلاب فامّا ان نقول ببقاء المثل بخصوصيّته فى الذمّه و امّا ان نقول ببقاء القدر المشترک و على كلّ منهما فامّا ان نقول باسقاط الخصوصيّه حين المطالبه أم لا و لا بدّ ان يعلم أوّلا انّ القول باعلى القيم فى القيميّات لا يكون الّا على وجه واحد و هو الاعلى من يوم الغصب الى يوم التّلف و لا وجه لملاحظه القيمه بعد ذلک اذ بعد ما فرض كون العين قيميّه فبتلفها صارت قيمتها فى عهده الضّامن و تعيّنت القيمه الخاصّه يوم التّلف و لا يعقل ضمان ارتفاعها بعده اصلا لا بالنّسبه الى يوم المطالبه و لا بالنّسبه الى يوم الدّفع و امّا فى المقام فعلى القول بانقلاب المثل فاللّازم الا على من يوم التّلف الى يوم الاعواز لوضوح انّ مبدأ ضمان المثل يوم تلف العين و منتهاه يوم اعوازه و على القول بانقلاب العين فاللّازم الا على من يوم القبض الى يوم التّلف و على القول بانقلاب القدر المشترک فاللّازم الا على من يوم القبض الى يوم الاعواز و على القول بعدم الانقلاب و بقاء القدر المشترک من المثل و العين فى الذمّه فاللّازم الاعلى من يوم القبض الى يوم دفع القيمه بناء على عدم اسقاط الخصوصيّه حين المطالبه و الا على من يوم القبض الى يوم المطالبه بناء على الاسقاط حينها و على القول بعدم الانقلاب و بقاء المثل بخصوصيّه فى الذمّه فاللّازم الا على من يوم تلف العين الى يوم الدّفع بناء على عدم اسقاط الخصوصيّه حين المطالبه و الاعلى من يوم تلف العين الى يوم المطالبه بناء على اسقاط الخصوصيّه حين المطالبه و خلاصه ما ذكر من الوجوه الصحيحه و الاحتمالات المثمره اثنا عشر وجها خمسه منها بناء على عدم القول باعلى القيم فى القيميّ و سبعه منها بناء عليه و الخمسه المذكوره يكون

اثنـان منها بناء على عـدم الانقلاب و ثلاثه منها بناء عليه و السّـبعه أربعه منها بناء على عـدم الانقلاب و ثلاثه منها بناء عليه و بناء على القول بقيمه يوم الـدّفع فى القيميّـات لا ـ فرق فى المقـام بين القول بالانقلاـب و عـدمه و على الانقلاب بين انقلاب المثل او العين او القـدر المشترك و بنـاء على القول بقيمه يوم التّلف او القول بقيمه يوم الغصب فى القيميّات لا يجرى القولان فى المقام بناء على عـدم الانقلاب بل لا بدّ من البحث فى انّ الخصوصـيّه المثليّه تسـقط بالمطالبه حتّى ينقلب حينها أم لا تسـقط فلا تنقلب كـذلك و لا ـ بـأس باعـاده بيـان الوجوه المـذكوره للتّوضـيح امّا الخمسه المبتيّه على غير القول باعلى القيم فالاوّل منها قيمه يوم المطالبه بناء على عدم الانقلاب و سـقوط الخصوصـيّه حين المطالبه الثّانى قيمه يوم الاداء بناء على عدم الانقلاب و عدم سقوطها حينها الثّالث قيمه يوم الاعواز و تعـذّر المثل بناء على انقلاب المثل و القول بيوم التّلف فى القيمىّ الرّابع قيمه يوم التّلف بناء على انقلاب المثل او العين و القول بيوم الضّـمان فى القيمىّ و لكنّ المصـنّف قدّس سرّه اختار بناء على القول بانقلاب العين و القول بيوم الضّـمان فى القيمىّ قيمه يوم تعـذّر المثـل حيث يقول فـالقيمه قيمه المغصوب من حين صـار قيميّا و هو حال الاعواز الـخ و ستعرف مـا فيه الخـامس قيمه يوم القبض بنـاء على انقلاـب العين و القول بيوم القبض فى القيمىّ و امّا السّـبعه المبتيّه على القول باعلى القيم فالاوّل منها الا على من يوم القبض الى يوم الـدّفع بناء على عـدم الانقلاب و عـدم سـقوط الخصوصـيّه و القول ببقاء القـدر المشترك الثّانى الاـعلى من يوم القبض الى يوم المطـالبه بنـاء على عـدم الانقلاب و سـقوط الخصوصـيّه حين المطالبه و القول ببقاء القدر المشترك الثّالث الا على من يوم التّلف الى يوم الدفع بناء على عدم الانقلاب و عدم سقوط الخصوصيّه و بقاء المثل بخصوصـيّه فى الذمّه الرّابع الاعلى من يوم التّلف الى يوم المطالبه بناء على عدم الانقلاب و سقوط الخصوصيّه بالمطالبه و بقـاء المثل بخصوصـيّه فى الـذمّه الخامس الاعلى من يوم التّلف الى يوم الاعواز بناء على انقلاب المثل السّادس الا على من يوم القبض الى يوم التّلف بنـاء على انقلاـب العين و بنـاء على مـا اختـاره المصـنّف ره من القول بقيمه يوم الاـعواز بناء على انقلاب العين لاـ بـدّ من القول بالاـعلى من يوم القبض الى يوم الاـعواز و على مختاره فالوجوه على القول بالاعلى تكون سـتّه اذ الفرض يوافق ح مع الوجه الآـتى السّـابع الاـ على من يوم القبض الى يوم الاـعواز بنـاء على انقلاـب القـدر المشـترك هـذا تمـام الوجوه الصحيحه و احتمال الاعلى من يوم التعذّر الى يوم الدّفع او الى يوم المطالبه لا وجه له فانّ المثل ثابت فى الذمّه قبل يوم التعذّر و لا وجه لاعتبار الاعلى بعد زمان الثّبوت بل اللّازم اعتباره من حين ثبوته و هو يوم التّلف او قبله كما

بيّناه و امّا احتمال الا على من يوم المطالبه الى يوم الدّفع فاوضح بطلانا و امّا المقام الثّانى و هو الكلام فى التعذّر البدوى فسيأتى

قوله (الّا ان يقول انّ ادلّه وجوب المثل ظاهره)

و بعباره اخرى ليس القيمى خصوص ما كان قيميّا فى اصله بل كلّ ما لا يوجد له مماثل حين تلفه فهو قيميّ سواء كان عديم المثل ذاتا او حين تلف العين و ما يوجد له مماثل فهو مثلىّ و لو تعذّر بعده

قوله (و لا اظنّ احدا يلتزمه و فيه تامّل)

لا بدّ ان يعلم انّ فى التعذّر الطّارئ كما يكون التعذّر موضوعا لثبوت القيمه بناء على الانقلاب بان يكون الانقلاب دائرا مدار التعذّر فكذلك يكون موضوعا فى البدوى و عليه فلا يرد على المحقّق القائل بالانقلاب فى البدوى ما ذكر من اللّازم لانّ على الانقلاب يكون التعذّر سببا لتعيّن القيمه حدوثا و بقاء ما دام التعذّر فاذا وجد المثل قبل ردّ القيمه تعيّن المثل للبدليّه لانّ ثبوت القيمه انّما كان للتعذّر و اذا ارتفع تعيّن المثل و التعذّر لم يؤخذ فى موضوع دليل حتّى اذا شكّ بعد وجود المثل فى تعيّنه او تعيّن القيمه يستصحب بقاء الحكم النّاشى منه و هو الانتقال الى القيمه بل الحكم بالقيمه فى مورد التعذّر انّما هو من جهه انّ ظاهر على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى امكان اداء المأخوذ بجميع خصوصيّاتها الصنفيّه دائما فلو تعذّر فى وقت وجب المصير الى القيمه و لو ارتفع التعذّر عاد ضمان الخصوصيّه المثليّه لا لكشف العود عن عدم الانقلاب بل للانقلاب الحاصل ما دام التعذّر و ان شئت قلت تعيّن القيمه معلّق على عدم وجود المثل فلو ارتفع المعلّق عليه و وجد المثل ارتفع الحكم التعليقى و توهّم انّ لازم ذلك وجوب ردّ المثل بعد اداء القيمه أيضا فاسد لما تقدّم من انّ تعيّن القيمه بعد الاداء و عدم وجوب ردّها لو وجد المثل انّما هو من حيث انّ بالقيمه يتحقّق مصداق الاداء فانّ للمالك القاء الخصوصيّه و الاكتفاء بالماليّه و اذا اخذ ما هو العمده فى المضمون به و هى الماليّه تحقّق الوفاء و لا وجه لعود المثل بعد سقوطه عن الذمّه و ليست القيمه من قبيل بدل الحيلوله و الحاصل انّ القائل بالتّفصيل بين التعذّر الطّارئ و البدوى كجامع المقاصد لا يلزمه الالتزام بعدم جواز مطالبه المثل لو ظفر به قبل اخذ القيمه حتّى يرد عليه بانّ وجوب ردّ المثل ح مفروغ عنه كما يظهر ذلك من كلام التّذكره و الايضاح فى قولهما الا ترى انّه لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقّه و كلامهما و ان كان فى مقام بيان عدم الانقلاب بمجرّد التعذّر الّا انّه يظهر منهما انّ بعد وجود المثل يستحقّ المالك المطالبه به مطلقا و وجه عدم اللّزوم ما عرفته من انّ التعذّر ليس علّه لكون المال قيميّا بل يكون موضوعا لذلك فهو قيميّ ما دام التعذّر و ذلك لا ينافى جواز مطالبه المثل بعد وجوده فالظّاهر انّ التأمّل المذكور فى المتن إشاره الى عدم الملازمه المذكوره فانّ له ان يقول بالانقلاب الى

القیمه ما دام متعذّرا لا دائما و لا یتوهّم انّه إشاره الی انّه لا مانع من الالتزام بما ذکر اذ الظّاهر وقوع الاتّفاق بین الاصحاب علی وجوب المثل ح و بالجمله لا فرق بین التعذّر الطّارئ و البدوی فیما مرّ من الاحکام نعم قد یقال بثبوت الفرق بینهما من حیث جریان الاستصحاب فی مورد الشّک بانّ فی التعذّر الطّارئ یجری الاستصحاب للعلم باشتغال الذمّه بالمثل فی برهه من الزّمان بخلاف التعذّر البدوی فلا یجری لعدم العلم باشتغال الذمّه بالمثل اصلا و لا وجه له لما تقدّم بیانه

قوله (و زاد فی لک قوله ممّا ینقل عاده منه إلیه)

هذا هو الصّواب و قد ظهر لک فی معنی المثلی و القیمیّ و من القیود الاربعه الماخوذه فی المثلی انّه لا بدّ و ان یکون ممکن الاداء بحسب العاده و انّ المتیقّن من القیمیّ هو العین الّذی لا یوجد لها مثل فی الصّفات اصلا کالحیوانات او یوجد و لکن لا یکون مبذولا بحیث یکون عزّه وجوده سببا عند العرف و العاده لان یعدّ کالمعدوم و انّ کلّ ما کان کذلک جاز للمالک مطالبه القیمه و هذا هو المیزان فی المقام أیضا فما هو الضّابط للحکم بانّ المأخوذ مثلیّ أم قیمیّ هو الضّابط فی تعذّر المثلی و جواز مطالبه القیمه من غیر فرق بین التعذّر البدوی و الطّارئ و هذا هو المیزان أیضا فی باب القرض و السّلم و علی هذا فلا یجب عند اعوازه فی البلد و ما حوله و ما ینقل عاده منه إلیه تحصیله من البلاد البعیده و الاماکن الّتی لم تجر العاده بنقل ما فیها إلیه و لو امکن نقل المال ممّا ینقل منه عاده فالمثل موجود و لم یجز للمالک مطالبه القیمه و ان کان صبره الی حصول المثل ضررا علیه فلو تحقّق التعذّر بهذا المیزان و قلنا بالانقلاب لیس للمالک الّا القیمه و لو قلنا بعدمه کان له الخیار فی الصّبر الی وجود المثل و المطالبه بالقیمه

قوله (ثمّ انّ فی معرفه قیمه المثل مع فرض عدمه اشکالا)

و فی الحاشیه التقریریّه لبحث الاستاد غفر له ما مفاده انّ الوجوه فی معرفه قیمه المثل مع فرض عدمه من فرض وجوده و لو فی غایه العزّه او فرض وجوده کثیرا مبذولا او المتوسّط بینهما انّما هی بناء علی عدم الانقلاب سواء فی ذلک وجوب قیمه یوم المطالبه أم یوم الاداء أم الاعلی من یوم الضّمان الی یوم المطالبه أم الاعلی الی یوم الاداء و امّا بناء علی الانقلاب بالقیمه بالتعذّر فالقیمه معلومه سواء قلنا فی القیمیّ بیوم الضّمان أم یوم التّلف أم یوم الدّفع أم اعلی القیم من یوم الضمان الی یوم التّلف و سواء قلنا بانقلاب العین أم المثل أم القدر المشترک فانّ فی جمیعها مقدار القیمه المضمونه معلومه لانّ العین او المثل فی یوم الضّمان او یوم التّلف او یوم الاعواز امّا موجود او کان موجودا ثمّ تلف او اعوز فلا تخفی قیمته فی الیوم الّذی انتقل الی القیمه و لا یخفی ما فیه لانّ بناء علی الانقلاب یجری الکلام فی انّ العبره فی القیمه الّتی ینتقل المثل إلیها هل هی القیمه المتوسّطه أم غیرها مثلا لو

قلنا بالانقلاب و كان المثل يوم تلف العين فى غايه العزّه و عند شخص خاصّ لا يبيعه الّا باضعاف قيمته فهل العبره بتلك القيمه أم تنتقل العين او المثل الى القيمه الّتى تفرض متوسّطه و كذا لو قلنا بالانقلاب و الاعلى من يوم التّلف الى يوم الاعواز بناء على انقلاب المثل او الاعلى من يوم القبض الى يوم التّلف بناء على انقلاب العين فهل العبره فى الاعلى بتلك القيمه أم لا و الحاصل انّ كلّ موجود لا يقدح وجوده فى صدق التعذّر فلا عبره بفرض وجوده فى التّقويم عند عدمه سواء قلنا بالانقلاب أم لا

قوله (و ليس فى باب الضّمان ما يوجب هذا الانصراف)

و دعوى انّ المتفاهم عرفا من ادلّه الضّمانات هو اعتبار قيمه بلد التّلف خلاف الوجدان و ليست وارده لبيان هذه الجهه و الا وجهان يقال لو صادف المالك المتلف فى غير بلد التّلف و اراد المطالبه فالعبره ببلد المطالبه لا من حيث ظهور ادلّه الضّمانات فى ذلك فانّ دليل السّلطنه عمومها باعتبار انواع السّلطنه على المال فهو انّما يجدى فيما اذا شكّ فى انّ هذا النّوع من السّلطنه ثابته للمالك و ماضيه شرعا فى حقّه أم لا و امّا باعتبار السّلطنه على الاشخاص و الاموال الثّابته فى الذمّه فهى مهمله ليست مسوقه لبيانها و كذلك ادلّه الضّمانات كعموم على اليد لا تدلّ الّا على وجوب اداء المضمون به الى مالكه و امّا وجوب ردّه إليه فى ايّ مكان شاء فليست لها دلاله على ذلك و لا يكون اطلاقها واردا لبيان هذا الامر بل من حيث انّ المثل باق فى ذمّته و للمالك مطالبته به لانّ الحقّ له و الزّمان و المكان سواء فى ذلك فكما انّه متى شاء المطالبه كان العبره بزمان الدّفع فكذلك اينما شاء يكون العبره بذلك المكان

قوله (و يحتمل اخر مكان او زمان سقط المثل فيه عن الماليّه)

فيه انّ خصوصيّه المكان او الزّمان لو كانت موجبه لتفاوت ماليّه المال وجب ردّ جميع هذه الخصوصيّه و اللّازم ح لحاظ قيمه الماء فى تلك المفازه و لو لم تكن كذلك بل كانت نظير تفاوت الرّغبات فلا يجب الّا ردّ العين او المثل فلا وجه لهذا الاحتمال

[فرع لو تمكن من المثل بعد دفع القيمه]

قوله (فرع لو دفع القيمه فى المثليّ المتعذّر مثله)

اعلم انّه قد اوضحنا سابقا انّه لو لم يدفع القيمه و تمكّن من المثل وجب اداء المثل سواء قلنا بالانقلاب و عدمه و سواء كان التعذّر طاريا او بدويّا امّا بناء على عدم الانقلاب فواضح و امّا بناء عليه فلما عرفت من انّ التعذّر موضوعيّ حتّى على قول المحقّق الثّانى القائل بالانقلاب فى التعذّر البدويّ و امّا لو دفع القيمه بدلا عن المثل المتعذّر ثمّ تمكّن من المثل فالحقّ عدم وجوب ردّ المثل ثانيا مط سواء قلنا بالانقلاب أم لا و على الانقلاب قلنا بانقلاب العين او المثل امّا بناء على عدم

الانقلاب فلما ذكره فى المتن من انّ المثل كان دينا فى الـذمّه و بـدفع عوضه مع التّراضـى سـقط فلا يعود و امّا بناء على انقلاب العين فلما ذكره أيضا من انّها كانت مثليّه حين وجود المثل و صارت قيميّه بتعـذّره و لا وجه لانقلاب ما فى الـذمّه الى المثل بعد دفعه و امّا بنـاء على انقلاب المثل فلانّ المفروض سـقوط المثل عن الـذمّه و انقلابه الى القيمه و بـدفعها سـقط ما فى الـذمّه فلا يعود و دعوى انّ السّـقوط مـاداميّ قـد عرفت الجواب عنه فيمـا سـبق و لاـ يقـاس المقـام ببـدل الحيلوله اذ لنـا فى ذلك حكمان وضـعيّ و تكليفيّ و السّاقط انّما هو الحكم التّكليفى و امّا الوضـعيّ فهو باق من جهه انّ العين هناك بفقدها او بوقوعها فى البحر لا تخرج عن ملك مالكه و اذا سـقط الحكم التّكليفى و هو وجوب ردّها لتعذّره و لم يسقط الحكم الوضعيّ ثمّ وجدت و تمكّن من ردّها وجب ردّها الى مالكها و هذا بخلاف المقام فانّ تعذّر المثل صار سببا لذهاب حقّ المالك عن الخصوصيّه المثليّه و لم تبق له الّا الماليّه و اذا ادّيها الضّامن لم يبق للمالك حقّ اصـلا و بقاء الخصوصـيّه المثليّه حقّا للمالك خلف مع انّه خلاف فرض الانقلاـب مضافا الى انّ بناء على الانقلاب لا وجه للفرق بين انقلاب العين او المثل لانّ المـدفوع ان كان نفس ما فى الـذمّه فقد سقط رأسا و لم يبق اشـتغال فيها و لو كان بـدلا عن المثل ما دام التعذّر على تقدير انقلاب المثل فكذلك يكون بدلا عنه ما دام المثل متعذّرا على تقدير انقلاب العين

[السابع لو كان التالف المبيع فاسداً قيميّاً]

[ضمان القيمى بالقيمه فى المقبوض بالعقد الفاسد، و الدليل عليه]

قوله و كيف كان فقد حكى الخلاف فى ذلك)

اذا كان مقتضـى الادلّه العامّه الوارده فى الضّمانات هو الرّجوع فى القيمى بحسب المتعارف و الارتكاز الذّهنى الى القيمه مضافا الى الأخبـار الخـاصّه الـدالّه على وجوب القيمه فى العبـد و الغنم و نحوهما فلا اشـكال فى وجوب القيمه فيما كان قيميّا بحسـب العاده و المتفاهم عنـد العرف و يكون القيميّ مضـمونا بالقيمه و لو وجـد له مثل فى غالب الصّـفات فضـلا عمّا وجـد له مثل فى بعضـها الّا اذا ورد دليـل خـاصّ يقتضـى خلاـف ذلك فى مورد نعم لو وجـد للقيميّ مثل فى جميع الصّـفات بحيث لم يحسـب التّالف قيميّا عرفا وجب اداء المثل و لكنّه من باب انّه ح مثليّ لما مرّ انّ المماثل لا ينحصـر فيما كان كذلك بالخلقه الاصـليّه بل لو كان للشّـى ء مثل بالخلقه الخلقيّه كالمكاين الموجوده فى هـذه الاعصار و الثّياب المنسوجه بها عـدّ مثليّا أيضا و المخالف فى باب القرض لو كان كلامه صريحا فى ذلك لم يعبأ به

قوله (ثمّ انّهم اختلفوا فى تعيين القيمه فى المقبوض)

الى اقوال الاـوّل قيمه يوم التّلف و هو المحكيّ عن الشّـيخين و اتباعهما و ربما ينسب هـذا القول الى الاكثر كما عن س و ما عن الشّهيد الثّانى فى لك من اعلى القيم من حين القبض الى حين التّلف بشرط ان يكون التّفاوت بسبب نقض فى العين او زياده فلو كان باختلاف السّوق

لم يضـمن و اعتبر قيمه العين يوم التّلف فليس قولاـ على حـده لمـا سـيجى ء فى المتن فى اخر البحث من انّ جميع مـا ذكرنا من الخلاـف انّمـا هو فى ارتفـاع القيمه السّوقيّه و أمّـا اذا كان حاصـلا من زياده فى العين فالظّاهر كما قيل عـدم الخلاف فى ضـمان اعلى القيم الـخ الثّانى قيمه يوم القبض و هو مختار الشّرائع و ينسب الى الاكثر أيضا كما عن التّحرير و عن الدّروس و الرّوضه و غـايه المراد انّه المشـهور و لعـلّ الجمع بين نسـبه كلّ من القولين الى الاكثر اختلاف العصـرين الثّالث اعلى القيم من يوم القبض الى يـوم التّلـف و هـو المحكىّ عن ابن ادريس و جمـاعه و سـيجى ء فى المتن انّه لاـ عـبره بزيـاده القيمه بعـد التّلف على جميع الاقوال الّا انّه تردّد فيه فى الشّـرائع الخ و عليه يكون الاعلى من يوم القبض الى يوم الدّفع وجها على حده الرّابع قيمه يوم الدّفع و الاداء و المنقول عن سيّد مشايخنا الميرزا الشّيرازى ره تقويته لو لا الخوف عن مخالفه المشهور الخامس ما عن المفيد و القاضى و الحلبى فى خصوص ما لو كان فساد البيع بسبب احاله تعيين الثّمن الى حكم احدهما ضمان قيمه يوم البيع الّا ان يكون الحاكم هو المشترى فيحكم على نفسه بالاـكثر فيجب ح او يكون الحـاكم هو البـائع فيحكم بالاقـلّ فيتّبع حكمه ح حجّه القول الاـوّل انّ الواجب العين و انّمـا تحقّق الانتقال الى القيمه بالتّلف و تفاوت الرّغبات خارج عن عين المضـمون فالضّـمان قبل التّلف امر معلّق لا تنجّز له و انّما يتنجّز بالتّلف لانّه يجب الخروج عن عهده العين اذا تلفت و حجّه ما فصّـله فى لك واضح و هو انّ المضمون لا بدّ و ان يكون امرا متأصّـلا متسلّطا عليه و ليس ذلك الّا الزّياده العينيّه بل هى نازله منزله الجزء الفائت و امّا زياده القيمه السّوقيّه فهى امر اعتبـارىّ فلاـ تضـمن مضافـا الى دعوى دلاـله صـحيحه ابى ولّـاد على ذلك حجّه القول الثّانى انّ يوم القبض وقت تعلّق الخطـاب بالخروج عن العهـده و القبض هو السّـبب فى الضّـمان فيعتبر وقته و فعليّه الضّـمان فى ذلك الوقت فانّ مجرّد اليـد على العين موجب لـدخولها فى عهـده الضّـامن غـايه الاـمر انّ الضّـمان ح مشروط بشـرط متـأخّر و هو تلفهـا مضافـا الى دعوى دلاله صحيحه ابى ولّاد من حيث عدم القول بالفصل بين مورده الّذى يكون من قبيل الغصب و المقام و حاصل الفرق بين القول الاوّل و الثّـانى هو الاختلاـف فى فعليّه الضّـمان يوم القبض و تعليقيّه و القائـل بيوم القبض يرى الضّـمان فعليّـا و القائل بيوم التّلف يريه تعليقيّا حجّه القول الثّالث انّ الاصل كما يكون مضـمونا فكذلك الزّياده أيضا مضـمونه و مقتضـى الاشتغال وجوب الخروج عن العهـده و القـابض للمبيع بالعقـد الفاسـد كالغاصب مأخوذ باشقّ الاحوال و اعلم أوّلا انّ الزّيادات فى قيمه العين على اقسام ثلاثه الاوّل الزّياده بحسب الصّـفات الحاصله فى نفس العين كالسّمن و الصّوف و الظّاهر عدم الخلاف فى كونها مضمونه سواء كانت بحسب الخلقه الاصليّه الالهيّه أم العارضيّه الخلقيّه

و بفعل الضّامن فلو زال السّمن او الكتابه مثلا يكون مضمونا على القابض سواء كان موجودا حين القبض او حصل بعده و زال عند القابض الثّانى الزّياده بحسب الاعتبارات الّتى توجب زياده فى ماليّه المال كالكون فى المكان الكذائى او الزّمان كذلك و فى ضمان هذا القسم خلاف و سيجى ء بعض الكلام فى ذلك الثّالث الزّياده بحسب الامور الخارجيّه كقلّه المال و كثرته و قلّه الطّالب و كثرته و امثال ذلك ممّا لا يوجب زياده فى ماليّه المال و الحقّ عدم ضمانها لوضوح انّها خارجه عن ماليّه المال و ذهب بعض الى ضمانها و لا يخفى انّ من ذهب الى ضمان الزّيادات بحسب الامور الخارجيّه قد صرّح بانّ ضمانها انّما هو فيما لم تردّ العين و امّا مع اداء نفسها فلا يجب على الضّامن اداء قيمه تلك الزّيادات و هل هذا الّا تناقض اذ لو كانت تلك الزّيادات مضمونه فلا فرق بين اداء العين و عدمه كما فى الزّيادات بحسب الصّفات و القول الثّالث مبتن على امور ثلاثه الاوّل الالتزام بضمان الزّياده بحسب الامور الخارجيّه الثّانى الالتزام بكلام القائلين بيوم الغصب فانّ القائل باعلى القيم يوافق القائل بيوم الغصب من حيث المبدأ و يرى الضّمان حين القبض فعليّا لا تعليقيّا الثّالث الالتزام بانقلاب العين الى القيمه يوم التّلف و امّا احتمال الاعلى من يوم القبض الى يوم الدّفع كما مرّت الاشاره إليه من ترديد المحقّق فى باب الغصب فهو مضافا الى الالتزام بالامرين الاوّلين لا بدّ من احتمال الالتزام بتحقّق شى ء مضمون به فى الذمّه غير القيمه الى حين الدّفع حتّى تلاحظ القيم له و بعباره اخرى اللّازم عدم الانقلاب بمجرّد التعذّر الى القيمه كما هو مبنى القول بقيمه يوم الدّفع و لو قلنا بالانقلاب حين التّلف الى القيمه لم يبق مضمون به غيرها الى حين الدّفع فلا معنى لملاحظه الاعلى بعد التّلف فاللّازم على هذا الاحتمال بقاء شى ء مضمون به الى يوم الدّفع و ذلك على سبيل منع الجمع امّا من جهه كون القيميّ مضمونا بمثله و دفع القيمه اسقاط للمثل و امّا من جهه بقاء العين بالخصوصيّه العينيّه فى الذمّه الى حين الدّفع و امّا من جهه انّ ما به قوام الشّى ء و يكون ركنا فى ذلك لا بدّ و ان يكون مضمونا و ليس الّا الماليّه فالذمّه تشتغل بها حين القبض و تبقى غير متقدّره بمقدار خاصّ من الماليّه الى حين الدّفع نظير الكلّى الذّهنى حجّه القول الرّابع احد وجهين الاوّل انّ ضمان القيميّ انّما هو بالمثل ابتداء و بتعذّره عند الاداء ينتقل الى القيمه فلا بدّ من اعتبار وقت الانتقال الى القيمه الثّانى و هو الّذى كان يعتمد عليه على ما حكى سيّدنا المتقدّم ذكره انّ قوام الشّى ء و ما هو الرّكن فى شيئيّته و الرّكن فى ضمانه عند العرف ليس الّا الماليّه و خصوصيّاته الشخصيّه او المثليّه انّما تنظر إليها و تلاحظ فى خصوص زمان التمكّن منها و الماليّه الّتى هى الرّكن و هى عباره عمّا يداوى به الالم و ينتفع به كماليّه منّ من الحنطه الّتى هى عباره عمّا يشبع به عشره انفس مثلا تبقى فى الذمّه من حين القبض الى يوم الاداء غير متقدّره بمقدار خاصّ من الماليّه و يتعيّن قيمه المنّ يوم الاداء و لا موجب لتقدير

القيمه فى يوم القبض او يوم التّلف حجّه القول الخامس امّا على ضمان قيمه يوم البيع فى غير مورد الاستثناء فهى حجّه القائل بيوم القبض على ما سيجى ء فى المتن من انّهم لعلّهم يريدون به يوم القبض و امّا على وجوب اتّباع حكم المشترى لو حكم بالاكثر و اتّباع حكم البائع لو حكم بالاقلّ فهى انّ الحقّ إليهما و يصحّ منهما العفو اذا عرفت ما ذكرنا من الاقوال و حججها فاعلم انّ عمومات ادلّه الضمان كعموم على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى لو كانت مطلقه بالنّسبه الى تعيين وقت اعتبار القيمه فى القيميّ و دلّت صحيحه ابى ولّاد على اعتبار قيمه يوم القبض كانت الصّحيحه مبيّنه لاطلاق الادلّه و الا لزم المصير الى النّظر فى الاستدلالات المذكوره و ملاحظه التّرجيح بينها و لكنّ الانصاف كما ستطّلع عليه هو قوّه القول الثّاني و انّه مقتضى الادلّه و قد يقال كما هو صريح عباره المتن انّ المستفاد من ادلّه الضّمان منضمّه الى فهم العرف و العاده هو قيمه يوم التلف اذ لا معنى للتّدارك الّا هذا فانّ معنى ضمان العين عند قبضه كونه فى عهدته و معنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التّلف حتّى يكون عند التّلف كانّه لم يتلف و تداركه ببدله على هذا النّحو بالتزام مال معادل له مقامه و اذا دلّت الصّحيحه على وجوب قيمه يوم الغصب فى المغصوب يلحق به جميع المقبوضات و ذلک لكشف الصّحيحه ح عن عدم اقتضاء اطلاقات الضّمان لاعتبار قيمه يوم التّلف لانّه لو دلّت الادلّه على قيمه يوم التّلف فى المضمونات و الصّحيحه على قيمه يوم الغصب فى المغصوب فلا محيص عن احد امرين امّا الخروج الحكميّ للمغصوب اى تخصيص المغصوب بقيمه يوم الغصب من بين المضمونات و امّا التّوسعه فى موضوع ما دلّ على قيمه يوم الغصب فى المغصوب بإلحاق جميع المضمونات به و ان شئت قلت يكشف ما دلّ على قيمه يوم الغصب فى المغصوب عن تخطئه فهم العرف قيمه يوم التّلف فى المضمونات لا مجال للاوّل و هو اخراج المغصوب عن المضمونات حكما اذ اللّازم منه لو كانت قيمه المغصوب يوم التّلف اضعاف ما كانت يوم الغصب عدم التّدارك عند التّلف لما مرّت الاشاره إليه من انّ معنى التّدارك بحسب فهم العرف و العاده هو قيمه يوم التلف و على هذا يصير المغصوب من حيث الضّمان ادون من سائر المضمونات مع انّه يؤخذ باشقّ الاحوال فاللّازم هو الوجه الثّاني و الحاق الجميع بالمغصوب باعتبار قيمه يوم الغصب و القبض هذا مضافا الى ما ادّعاه الحلّى من دعوى الاتّفاق على كون المبيع فاسدا بمنزله المغصوب الّا فى ارتفاع الاثم فاللّازم هو البحث عن دلاله الصّحيحه

قوله (فضمن فيه البغل و سقط الكراء)

انّما افتى بذلک بناء على حمله الخراج بالضّمان على معنى الاسم المصدرى كما تقدّم فى قاعده ما يضمن

[الاستدلال بصحيحه أبى ولاد على أن العبره بقيمه يوم الضمان]

قوله (بل غير ممكن لانّ السّائل انّما سئل)

يريد من ذلک انّه لو

لم يكن لفظ القيمه فى كلام الامام عليه السّلام بعد قوله نعم امكن ما احتمله الجماعه من انّ مقصود السّائل السّؤال عن اصل الضّمان و كان الامام بصدد الجواب عن ذلك و امّا مع ذكرها فى كلامه (ع) فلا مجال لهذا الاحتمال مع انّ الظّاهر مفروغيّه اصل الضّمان عند السّائل و لذا قال أ رأيت لو عطب البغل الخ و انّما اراد السّؤال عن مقدار الضّمان فالخبر دالّ على قيمه يوم المخالفه لانّ اصل الضّمان ثابت بتقرير الامام (ع) بقوله نعم و لا وقع لزيادته (ع) بقوله قيمه بغل يوم خالفته الّا لتعيين المضمون به فعلى تقدير كون اليوم متعلّقا بنعم يفيد أيضا ضمان قيمه يوم المخالفه فلا ضير فى تعلّقه بنعم و افاده ذلك كما انّ قوله (ع) عليك قيمه ما بين الصحّه و العيب يوم تردّه عليه يكون الظّرف متعلّقا بعليك و هو بمعنى يلزمك

فان قيل على هذا فما الدّاعى على استشهاده قدّس سرّه بالوجهين السّابقين لتعيين قيمه يوم المخالفه و عدم استشهاده بهذا الوجه له

قيل السّر فى ذلك انّ على الوجهين فدلاله الصّحيحه على قيمه يوم المخالفه بالمطابقه اذ المعنى بناء عليهما يلزمك قيمه يوم المخالفه كما هو واضح و امّا على هذا الوجه فدلالتها بالالتزام اذ معناه المطابقى ح انّه يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل من دون دلاله على لزوم قيمته فى ذلك اليوم او فى يوم التّلف او غير ذلك و لكن بالالتزام يدلّ على قيمه يوم المخالفه اذ لو كان يوم المخالفه يوم تعلّق الضّمان و فعليّته فلا يعقل ان يكون الضّمان يوم المخالفه فعليّا و يقدّر قيمه ما بعده فلا محاله تقدّر القيمه يوم فعليّه الضّمان نعم وجوب الاداء يمكن ان يكون متأخّرا امّا قيمه اليوم المتأخّر لا يمكن ان يجتمع مع الضّمان المتقدّم فاذا دلّت على الالزام بيوم المخالفه دلّت بالالتزام على قيمه ذلك اليوم

قوله (و قد اطنب بعض فى جعل الفقره ظاهره)

و هذا عجيب فقد عرفت تضعيف احتمال تعلّق الظّرف بلزوم القيمه فكيف بدعوى الظّهور مضافا الى كثره الاحتمالات الموجوده فى المقام فانّ النّسخ على ضربين ففى بعضها قيمه بغل يوم خالفته و فى بعض نسخ الكافى و الاستبصار قيمه البغل يوم خالفته محلّى بالالف و اللّام و اليوم على تقدير كون البغل محلّى باللّام منصوب على الظرفيه بلا اشكال و امّا على تقدير عدم اللّام فيحتمل فيه وجهان الاوّل نصبه على الظّرفيه و قراءه بغل بالتّنوين بدلا عن اللّام و الثّانى جرّه على اضافه القيمه المضافه الى البغل إليه ثانيا و قد اوضحناه فى شرح عباره المتن و على النّصب فيحتمل ما ذكره المصنّف من ان يكون اليوم قيد للاختصاص الحاصل من اضافه القيمه الى البغل و يكون الظّرف متعلّقا بالقيمه باعتبار تضمينه الفعل بان يراد منها ما يتقوّم به و يحتمل ان يكون متعلّقا بيلزمك المستفاد من قوله (ع) نعم و قد عرفت انّه ح امّا يكون ساكتا عن كون المضمون قيمه يوم المخالفه

كما احتمله جماعه و امّا ان يكون دالّا بالالتزام على ذلك كما احتمله المصنّف و يحتمل ان يكون اليوم ظرفا مستقرّا كما مرّ و يحتمل ان يكون الظّرف متعلّقا بنعم بتقدير من كما مرّ أيضا

قوله (فهذا الاحتمال من هذه الجهه ضعيف أيضا)

فيه منع أوّلا بانّ عدم سقوط ضمان ما حدث و ارتفع ليس مقتضى فتوى الجميع كما انّ ما ذكره السّيد الطّباطبائى ره فى الحاشيه من انّ سقوط الضّمان مقتضى فتاويهم بقوله و الظّاهر انّ فتواهم أيضا على هذا لا على ما ذكره المصنّف بل لم اجد من صرّح بما ذكره و ان لم اتتبع انتهى محلّ منع أيضا و المسأله خلافيّه فقول بسقوط الضّمان مط و قول بعدمه كذلك و قول بالتّفصيل بين زواله بفعل اللّه تعالى او بفعل الغاصب و من بحكمه كالقابض بالعقد الفاسد مطلقا اىّ وصف كان و قول بالتّفصيل بين وصف الصحّه كما اذا حدثت نقطه فى عين الدابّه المغصوبه و ارتفعت عند الغاصب و سائر العيوب كما اذا زال السّمن او انهزل ثمّ ارتفع و عاد الى الحاله الاولیّه و فى الحقيقه مرجعه الى التّفصيل بين ما كان قابلا للزّياده كالسّمن و ما لم يكن كذلك كالنّقطه فانّ وصف الصحّه ليس قابلا للزّياده بخلاف السّمن فانّه لو لم يحدث الهزال كان الحيوان قابلا لان يصيرا سمن من الحاله الاولى فاذا زال السّمن و عاد لم يسقط الضّمان و اذا زال وصف الصحّه و عاد سقط الضّمان و هذا النّزاع جار أيضا فى حدوث العيب او الغبن بعد العقد و ارتفاعه قبل القبض او حصوله حال العقد و ارتفاعه قبل القبض فذهب جماعه الى سقوط الخيار مط و جماعه بعدمه كذلك و جماعه الى التّفصيل و الغرض انّه ليس عدم سقوط الضّمان مقتضى فتوى الجميع و لا المعظم و ان كان الحقّ سقوط الضّمان فى باب الغصب لو كان ارتفاع العيب بفعل الغاصب كما لو ردّ الماء الى المفازه بعد اخراجه منها بناء على مدخليّه المكان فى الضّمان لكن بناء على اعتبار قيمه الدّفع فى العيب فانّ بناء عليه يكون دفع العين صحيحه الى المالك بردّها الى الصحّه بعمل منه بمنزله تسليم المبيع صحيحا فانّ الصحّه و ان حصلت فى ملك المالك الّا انّ الغاصب لمّا كان مأمورا بردّ العين الى الصحّه صار عمله محترما فانتفع بعمله و هذا بخلاف ما لو قلنا باعتبار قيمه يوم تلف وصف الصحّه فانّ عود العين الى الصحّه و لو كان بفعل من الغاصب لا يقتضى ح خروجه من الضّمان الّذى تحقّق بمجرّد حدوث العيب و ارتفاعه حصل فى ملك المالك و لا ينتفع به الغاصب فهو ضامن للعيب و الحقّ فى باب الخيار سقوطه بارتفاع الغبن او العيب لانّ المدار فى هذا الباب على تسليم المبيع صحيحا لا العقد على الصّحيح و ثانيا لو سلّم كون الاحتمال مخالفا للفتوى فلا يوجب هذا ظهور الكلام فى الاحتمال الأخر و الاولى فى ضعف هذا الاحتمال ما قاله بعض الاساتذه الاعلام و هو انّ العيب بمعناه غير قابل لان يتعلّق به الظّرف لانّ المراد منه

الحاصل من المصدر و هو معنى اسمىّ و لم يوجد فيه معنى الفعل كما انّ تعلّق اليوم بالظّرف المستقرّ باعتبار كون اليوم صفه للعيب بان يكون المعنى العيب الثّابت يوم الردّ يخالف مقتضى القواعد العربيّه اذ الظّرف المستقرّ ينحصر فى أربعه الحال و الخبر و النّعت و الصّله و لا يمكن ان يفرض هنا الّا الوصفيّه و ذلك لا يجوز لانّ العيب معرّف باللّام و اليوم مجرّد عنه و الحاصل انّ الظّرف فى قوله (ع) عليك قيمه ما بين الصحّه و العيب يوم تردّه يحتمل وجوها الاوّل تعلّقه بعليك الثّانى بالقيمه الثّالث بالعيب و باعتبار نفس الجمله مع قطع النّظر عن صدر الرّوايه و ذيلها يكون الاوجه هو الاوّل لما عرفت من انّه اذا كان فى الكلام فعل او شبهه فهو اولى بان يكون الظّرف متعلّقا به

قوله (و يؤيّده أيضا قوله (ع) فيما بعد فى جواب الخ)

اراد تأييد الوهن فى دلاله الفقره الثّانيه على يوم المخالفه بالجمله المذكوره بوجهين الاوّل انّه لو كان العبره بيوم المخالفه لم يكن وجه لتقديم قول المالك فانّه خلاف الاصل فكيف يكون اليمين عليه و المالك يكون مدّعيا حيث يدّعى زياده القيمه فى يوم المخالفه و هذا خلاف الاصل و الغاصب يكون منكرا و مقتضى القاعده ان يكون اليمين عليه الثّانى لو سلّم تقرير الدّعوى على نحو يكون المالك منكرا فكيف يكون البيّنه عليه و هذا بخلاف ما لو كان الاعتبار بقيمه يوم التّلف فانّه يمكن فرض كون اليمين على المالك فى صوره و كون البيّنه عليه فى صوره اخرى امّا الاولى فبان يحمل توجّه اليمين على المالك على ما اذا اختلفا فى تنزّل القيمه يوم التّلف مع اتّفاقهما على قيمته سابقا و لا شكّ ح انّ القول قول المالك فانّ المالك يكون منكرا للنّقصان و الغاصب مدّعيا له و الاصل مع المالك و امّا الثّانيه فبان يحمل سماع البيّنه من المالك على ما اذا اتّفقا على عدم تفاوت قيمته السّابقه الى يوم التّلف و لكن اختلفا فى السّابقه من حيث الزّياده و النّقصان و يكون المالك مدّعيا للزياده و الغاصب منكرا فيكون البيّنه على المدّعى و هو المالك و يرد عليه أوّلا انّ اشكال الجمع بين اليمين و البيّنه على المالك يرد على ايّ حال سواء كان الاعتبار بيوم المخالفه او بيوم التّلف و حمل كلّ منهما على صوره خاصّه يجرى فى كلّ منهما اذ كما يفرض الصّورتان على تقدير يوم التّلف فكذلك تفرض على تقدير يوم المخالفه امّا صوره كون اليمين على المالك فهو ما اذا اختلفا فى تنزّل القيمه يوم المخالفه مع اتّفاقهما على قيمته سابقا كيوم الكراء و لا شكّ ح انّ القول قول المالك فانّه منكر للنّقصان فى يوم المخالفه و امّا صوره كون البيّنه عليه فهى ما اذا اتّفقا على عدم تفاوت قيمته السّابقه الى يوم المخالفه و لكن اختلفا فى السّابقه من حيث الزّياده و النّقصان فالمالك مدّع للزّياده و يكون الغاصب منكرا و الحاصل انّه لا فرق على كلّ من الاعتبارين فيما ذكر فان قيل باشكال الجمع فهو جار على ايّ تقدير و ان قيل بالحمل على صورتين فكذلك و ثانيا انّ كون البيّنه على المدّعى فقط

ليس اتّفاقيّا و جوّز جماعه سماع البيّنه من المنكر و لهم ادلّه مذكوره فى محلّها و لا بأس بحمل هذه الفقره على صوره خاصّه و هى ما اذا اختلفا فى تنزّل القيمه يوم المخالفه مع اتّفاقهما على قيمته سابقا و تكون الصّحيحه ح من ادلّه جواز سماع البيّنه من المنكر و يؤيّده انّ الامام (ع) جعل الوظيفه فى المقام أوّلا حلف المالك او ردّه على الغاصب ثمّ قال او يأتى صاحب البغل بشهود فيكون المراد الحكم بان يحلف او يردّ و لو لم يردّ الحلف احتراما او لم يطمئنّ بحلف الطّرف فعليه البيّنه حتّى يلزمك القيمه الّتى يريد اثباتها فى يوم المخالفه و قد يستدلّ بقوله (ع) فى جواب السّؤال عن اصابه العيب عليك قيمه ما بين الصحّه و العيب يوم تردّه على تعيين قيمه يوم الردّ و ذلك بعد تمهيد مقدّمتين الاولى ما مرّ الاشاره إليه من انّ ضمان الاوصاف فى تعيين يوم قيمتها تابع لضمان العين و ذلك لانّ ادلّه الضّمانات لم تنهض مستقلّه لضمان الاوصاف حتّى يمكن التّفكيك بينهما بل ضمانها من باب ضمان اليد و بتبع ضمان العين و الوصف مأخوذ تحت اليد باعتبار اخذ الموصوف كما انّ ضمان المنافع أيضا من باب التبعيّه و اذا كان ضمانها تابعا لضمان موصوفاتها فللملازمه بين الصّفه و الموصوف بحسب العرف و العاده لا بدّ ان يكون زمان ضمان الوصف تابعا لزمان ضمان الموصوف الّا ان يقوم نصّ صريح بالتّفكيك الثّانيه انّه لو قلنا بوجوب قيمه يوم الردّ فالقول قول المالك دائما و لو قلنا بيوم الغصب او يوم التّلف او اعلى القيم فالقول قول الغاصب و ذلك لانّ لازم الاوّل بقاء العين امّا بخصوصيّتها الى يوم الردّ فى عهده الضّامن و امّا بماليّتها غير متقدّره فاذا ادّعى المالك زياده قيمه العين أو الوصف يوم الردّ فالقول قوله لانّ الاصل عدم خروج ذمّه الضّامن بما يدّعيه من القيمه لانّه شكّ فى السّقوط بعد ثبوت العين او الوصف بنفسها او بماليّتها و امّا على تقدير القول بغيره من الأقوال فالاصل عدم اشتغال ذمّه الضّامن بازيد ممّا يدّعيه لانّ الشكّ ح فى الثّبوت لا فى السّقوط اذا عرفت ذلك فيقال انّ قوله (ع) عليك قيمه ما بين الصحّه و العيب يوم تردّه عليه ظاهر فى اعتبار تفاوت قيمه الصحّه و العيب يوم الردّ و بالملازمه بين ضمان الوصف و العين يستكشف انّ ضمان العين أيضا باعتبار يوم الردّ و ذلك لانّ ظاهر قوله (ع) انت و هو امّا ان يحلف الخ بعد سؤال السّائل فمن يعرف ذلك انّ مورد السّؤال انّما هو فى صوره التّنازع فى الزّياده و فرض الامام (ع) قول المالك موافقا للاصل فى هذه الصّوره منحصر فى ان يكون المدار على يوم الردّ و حمله على صوره التّنازع فى التنزل بعيد جدّا لعدم اشعار فى الرّوايه عليه فضلا عن الظّهور و على هذا يكون الظّرف قيدا للقيمه او متعلّقا بعليك و على ايّ تقدير يدلّ على اعتبار قيمه يوم الردّ امّا بالصّراحه و امّا بالملازمه ثمّ مع ظهور كون الجمله فى صوره التّنازع فى الزّياده و انّ الاصل مع قول المالك باعتبار عدم سقوط ما فى ذمّه

الضّامن بـدفع الاقلّ تحمل البيّنه على ما ذكرنا من انّه لدفع اليمين و تكون الرّوايه شاهده للقائل باعتبار البيّنه للمنكر و بالجمله قد يـدّعى ظهور الرّوايه فى خصوص هـذه الفقره فى انّ المنـاط فى القيميّ بقيمه يوم الردّ لما عرفت غايه الامر انّه يقع الاشكال من حيث التّعارض بين صـدر الرّوايه و ذيلها فانّ الصّـدر كما تقـدّم لا يخلو عن ظهور فى انّ المدار على يوم المخالفه و لكن يمكن ان يقال انّ الـذّيل اظهر فى اعتبار يوم الردّ من الصّدر فى اعتبار يوم المخالفه و ذلک لامکان کون اليوم فى قوله (ع) يوم خالفته متعلّقـا بنعم كمـا اسـتظهره جماعه و كان يوم المخالفه يوم حصول سـبب الضّـمان و هو الغصب لا يوم فعليّته و هـذا بخلاف يوم تردّه فـانّه لو كـان متعلّقـا بعليـک لكان متعيّنا لكونه يوم الضّـمان اذ لا يمكن ان يتحقّق سـبب الضّـمان فى يوم الردّ و يكون يوم الفعليّه مقدّما عليه و حمل الذّيل على المتعارف فانّ المتعارف اداء الارش يوم ردّ العين و ان كان يوم ضمانها قبل هذا اليوم بعيد جـدّا اذ الظّاهر انّ الامام (ع) بصـدد بيان يوم التّـدارک اى العين بجميع اوصافها مضـمونه الى يوم ردّها فيجب ان يلاحظ تفاوت الصّـحيح و المعيب يوم الردّ ثمّ انّه قـد مرّ فى المتن فى تأييد اسـتظهار الاعتبار بيوم المخالفه انّ الوجه فى التّعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفه هو التّنبيه على سـهوله اقامه الشّهود على قيمته فى زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالبا بمشهد من النّاس فتغيير التّعبير ليس لعـدم العبره بزمـان المخالفه بل للتّنبيه على سـهوله معرفه القيمه بالبيّنه و لا يخفى عليک انّ هـذا التّاييـد يتمّ لو كان اعتبار يوم الاكتراء لتلف نفس البغل و الحال انّ قوله (ع) او يأتى صاحب البغل بشـهود يشـهدون انّ قيمه البغل حين اكترى كذا و كذا واقع فى ذيل قوله (ع) عليک قيمه ما بين الصحّه و العيب يوم تردّه فاعتبار يوم الاكتراء لاحراز قيمه الصحّه و تعيين ما به التّفاوت بين الصـحّه و العيب اى اذا اتى صاحب البغل بشـهود يشـهدون انّ قيمه البغل حين اكترى كـذا و كذا فعليک تفاوت قيمه يوم الاكتراء الّـذى كان البغل فيه صـحيحا و يوم الردّ الّذى كان فيه معيبا لانّه اذا احرز الصـحّه فى يوم الاكتراء و علم بقيمته معيبا يوم الدّفع و المتعارف عدم تفاوت قيمه الصّـحيح للبغل خمسه عشـر يوما فقد احرز قيمه الصّـحيح يوم الدّفع و قيمه المعيب معيّن بـالفرض لوجود البغـل فى يوم الـدّفع معيبـا فيجب تفاوت الصّـحيح و المعيب فى يوم الردّ فالعبره بيوم الاكتراء لاحراز قيمه الصّـحيح فى يوم الردّ و لو علم بقيمه الصّـحيح فلا بدّ من فرض وجوده صحيحا و الامر بالتأمّل من المصنّف بعد العباره المتقدّمه يحتمـل ان يكون مضافـا الى مـا مرّ إشـاره الى مـا ذكرنـا و الحاصل انّ الامر دائر بين رفع اليـد عن ظهور يوم خالفته و رفعها عن ظهور يوم تردّه و الاوّل اولى اذ لا محذور فيه الّا مخالفه ظاهر تعلّق اليوم بالقيمه و الامر سهل لامكان

التصرّف فی لفظ القیمه بان یراد منها المالیّه ای القیمه الغیر المتقدّره و یکون المعنی تجب المالیّه الغیر المتقدّره بمقدار من القیمه یوم المخالفه و امّا تقدیر المالیّه بقیمه یوم المخالفه فالرّوایه تکون ساکته عنه و مع هذا التصرّف و ارتکابه یوافقه جمیع الفقرات اللّاحقه و هذا بخلاف التصرّف فی یوم تردّه فانّ قیمه یوم الردّ لا یراد منها الّا المالیّه المتقدّره بمقدار لعدم امکان ان یکون فی یوم الردّ غیر متقدّره لعدم زمان بعده حتّی یمکن فرض تقدیرها فیه هذا مضافا الی انّه لو تصرّفنا فی یوم الردّ و ارتکبنا فیه خلاف الظّاهر لا توافقه الفقرات اللّاحقه اذ یرد ح اشکال فرض المالک منکرا لانّه لو لم یکن المدار علی یوم الردّ فالمالک مدّع للزّیاده و لکنّ القول بیوم الردّ لو لم یکن مخالفا للاجماع لا ریب فی شذوذه و الاصحاب معرضون عن العمل بذیل الصّحیحه حتّی انّ الشّیخ ره فی ط انّما عمل بملحقات الذّیل من کون الیمین و البیّنه علی المنکر من حیث التعبّد فی خصوص الغصب لکون الغاصب یؤخذ باشقّ الاحوال لا من حیث اعتباره یوم الردّ فی القیمیّات من المضمونات و قد عرفت فی المقدّمه الثّانیه التّلازم بین القول بیوم الردّ و کون المالک منکرا نعم تردید المحقّق و احتماله الا علی من یوم القبض الی یوم الدّفع فی باب الغصب کما مرّت الاشاره إلیه یمکن ان یکون مستندا الی ظهور الصحیحه فی انّ مجرّد التّلف لا یوجب صیروره التّالف القیمیّ قیمیّا فتبقی العین فی الذمّه امّا بشخصیّتها او بمالیّتها و امّا الاحتمال الأخر الّذی ستسمعه من المتن و هو ان یکون الاحتمال المذکور ناظرا الی الانقلاب الی المثل و لو فی القیمیات لانّه اقرب الی التّالف فهو فی غایه البعد لانّ الاقربیّه لیس لها صغری و لا کبری فالظّاهر انّ منشأ التّردید هو ذیل الصّحیحه و لکنّه احتمال فی احتمال و لا یخرج القول بیوم الدّفع عن الشّذوذ و اعراض الاصحاب فظهور الصّدر علی تقدیر سلامته من المناقشات خال عن المعارض

قوله (و لم اظفر بمن وجّه دلالتها علی هذا المطلب

و توجیهها بانّ المراد من قوله (ع) یوم خالفته لیس خصوص یوم حدوث المخالفه و مناسبه الحکم و الموضوع تقتضی ان یکون المغصوب فی جمیع ایّام الغصب و المخالفه فی عهده الغاصب و کلّ یوم فهو یوم المخالفه و لا وجه لتعیین القیمه فی أوّل یوم من ایّامها فالضّمان ثابت ما دامت المخالفه ثابته و فی کلّ یوم یکون العین بقیمتها فی ذلک الیوم فی عهده الغاصب و اذا فرض قیمه العین فی یوم من ایّام المخالفه و الغصب فی اعلی درجات القیمه ضمنه الغاصب و ان تنزّلت عنه او لم یکن بهذا المقدار فی یوم حدوث المخالفه و لمّا امتنع اجتماع الضّمانات لعین واحده یدخل الادنی تحت الاعلی و الاقلّ تحت الاکثر و ینحصر الضّمان بالاکثر فعلی القول

بفعليّه الضّمان يوم الغصب و امكان الجمع بين ضمان العين و القيمه كما ستعرفه لا موجب لتقدير القيمه فى يوم حدوث المخالفه خروج عن طريقه الفهم العرفى كما هو واضح ثمّ انّه قد يستدلّ لهذا القول بما تقدّم فى نقل الاقوال من الالتزام بالضّمان فى الزّيادات بحسب الامور الخارجيّه كقلّه المال و كثرته و قلّه الطّالب و كثرته و نحو ذلك ممّا لا يوجب زياده فى ماليّته و فيه ما تقدّم من المخالفه لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمه مع ردّ العين

[الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، و المناقشه فيه]

قوله (عدا ما حكاه فى الرّياض عن خاله العلّامه)

هذا وجه اخر و حاصله انّ عدم ضمان الاعلى ضرر على المالك و الضّرر منفىّ شرعا و لكن لا بدّ ان يعلم انّ قاعده نفى الضّرر حاكمه على الادلّه المثبته للتّكاليف بإطلاقها فى الموضوعات الضرريه و ليس مثبتا لحكم به يرتفع الضّرر و بعباره اخرى مفاد القاعده نفى الاحكام المجعوله الضرريه لا اثبات حكم رافع للضّرر و لاجل هذا لم يتمسّك احد من الاصحاب بها فى المقام

قوله (لغلبه اتّحاد زمان البيع و القبض فافهم)

يمكن ان يكون إشاره الى عدم المحيص الّا بالحمل المذكور و يمكن ان يكون إشاره الى بعده لعدم الدّاعى لهم الى التّعبير بلفظ و إراده غيره ثمّ انّك بعد الاحاطه بما تقدّم تعرف انّه لم يبق من الاقوال ما يعتمد عليه الّا القولان المشهوران يوم التّلف و يوم الغصب و يستدلّ للاوّل بانّ قضيّه كون الشّى ء على عهده الشّخص بحكم الشّارع المستفاد من قوله (ص) على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى بعد حصول التعدّى و من غيره من ادلّه الضّمانات هو وجوب حفظه عليه و ردّه الى المالك سليما مهما امكن الردّ و اذا لم يمكن فان كان من جهه حيلوله بينه و بين المالك يجب على المتعدّى دفع ما يقوم مقام ماله فى جميع ما كان له بالنّسبه إليه من انحاء السّلطنه بالبيع و الهبه و الاجاره و الاكل الى غير ذلك مع بقاء ماله على ملكه و ان كان من جهه انعدامه و تلفه عرفا يجب عليه ان يدفع الى المالك ما هو بدله من المثل او القيمه فاشتغال الذمّه بها انّما يحصل فى زمان تلف المال و الّا لم يعقل البدليّه فالعهده لها اقتضاءات مختلفه بحسب حالات المال هذا مضافا الى اخبار ظاهره فى اعتبار يوم التّلف و هى كثيره مذكوره فى ابواب الضّمانات فمن ذلك ما ورد فى باب الرّهن ففى الوسائل نقلا عن كتاب الكافى عن ابى حمزه سألت أبا جعفر (ع) عن قول علىّ (ع) يترادّان الفضل فقال كان علىّ يقول ذلك قلت كيف يترادّان فقال ان كان الرّهن افضل ممّا رهن به ثمّ عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه و ان كان لا يسوى ردّ الرّاهن ما نقص من حقّ المرتهن قال و كذلك كان قول علىّ فى الحيوان و عن اسحاق بن عمّار سألت أبا ابراهيم (ع) عن الرّجل يرهن الرّهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائه درهم فيهلك على

الرّجل ان يردّ على صاحبه مائتى درهم قال نعم لانّه اخذ رهنا فيه فضل و ضيّعه قلت فهلك نصف الرّهن قال على حساب ذلك قلت فيترادّان الفضل قال نعم فالخبران دالّان على انّ القيمى بمجرّد التّلف ينتقل الى القيمه و يحتسب قهرا فى مقابل الدّين و التّهاتر القهرىّ لا يعقل الّا بالانتقال الى القيمه يوم التّلف و الّا كان على الرّاهن ان يؤدّى الدّين و يأخذ حقّه عن المرتهن امّا بقيمه يوم التّلف او يوم الدّفع او اعلى القيم او يوم التّفريط لو كان غير يوم التّلف و قيل به و حملهما على الاحتساب بالتّراضى حمل بلا موجب خصوصا الخبر الأخير و سيّما ذيله فانّ قوله (ع) على حساب ذلك دالّ على انّ مجرّد التّلف يوجب خروج ذمّه الرّاهن بمقدار ما تلف بتفريط المرتهن و تضييعه نعم لا بدّ من حملهما على انّ الرّهن قيمى لا مثلىّ و انّ الدّين من النّقدين كما يدلّ عليه ذيل الخبر الاوّل و كذلك كان قول علىّ (ع) فى الحيوان و لو سلّم المناقشه فى الخبرين ففى الباب اخبار اخر صريحه فى السّقوط كقوله (ع) و ان كان الرّهن سواء فليس عليه شى ء و قوله (ع) و ان كان الرّهن يسوى ما رهنه فليس عليه شى ء و فى خبر اخر و ان كان الرّهن يسوى ما رهنه عليه فالرّهن بما فيه و الاخير فى غايه الصّراحه فى السّقوط اى الرّهن بدل من الدّين و قد ظهر انّه لا حاجه الى خبر يشتمل على لفظ السّقوط اذ لو اريد المناقشه امكن فيه أيضا بحمله على السّقوط بالتّراضى لا بالتّهاتر

فان قلت انّ اطلاق هذه الاخبار يشمل المثلى أيضا

قلت أوّلا لا اطلاق فيها بالنّسبه الى المثلى للاجماع القائم على خروجه و ثانيا لو سلّم دخوله فى اطلاقها فهو خارج عن ظهورها اذ الظّاهر منها انّها فى خصوص القيميّات و ذلك مثل الامر فانّ اطلاقه يشمل الوجوب و النّدب و لكنّه ظاهر فى النّدب و من ذلك ما ورد فى باب العتق فعن عبد الرّحمن عن ابى عبد اللّه (ع) عن قوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه هل يؤخذ بما بقى فقال (ع) نعم يؤخذ منه بقيمته يوم اعتق و فى معناه روايات اخر و استدلّ أيضا باخبار وارده فى باب الاجاره هذا غايه ما يمكن ان يستدلّ به لاعتبار يوم التّلف و فيه منع كون مقتضى الضّمان و العهده المستفاد من قوله (ص) على اليد ما اخذت و غيره من الادلّه و هو اعتبار قيمه يوم التّلف كما ستسمعه و امّا الاخبار المذكوره فلا بدّ من حملها على صوره الاتلاف لعدم ضمان المرتهن عند التّلف لورود اخبار كثيره بذلك و الكلام فى التّلف هذا مضافا الى انّ الغالب فى اتلاف الرّهن انّه فى يوم التعدّى و التّضييع و هو يوم المخالفه كما انّ اتلاف العبد على القوم بعتق شقص منه الموجب لتقويم قيمته يوم الاتلاف ملازم ليوم المخالفه عاده و الاقوى هو الثّانى لما مرّ من انّ وقت التعدّى وقت تعلّق المتعدّى فيه بعهده

المتعدّى فيجب ان يلاحظ قيمه يوم التعدّى و المتفاهم بحسب العرف من دليل اليد و غيره من ادلّه الضّمانات هو ذلك فانّ ما نريده لوجوب اعتبار قيمه يوم الغصب و القبض جزءان الاوّل فعليّه الضّمان و الثّانى تقدّر المتعدّى فيه بالماليّه و القيمه حين الضّمان و بمجرّد اليد و الاستيلاء على المعين و المتفاهم من الادلّه هو ذلك و كون اليد و الاستيلاء على العين سببا للضّمان و تقدير القيمه و ما تقدّم فى تأييد اعتبار قيمه يوم الدّفع من كون العين بماليّتها الغير المتقدّره فى عهده الضّامن فالانصاف انّه مجرّد احتمال عقليّ و مخالف لما هو المرتكز فى الاذهان العرفيّه و لا محذور فى الالتزام بفعليّه الضّمان يوم المخالفه على نحو الشّرط المتأخّر فانّ حاصل تقييد ضمان القيمه بالتّلف يرجع الى لزوم قيمه يوم المخالفه مع كون العين تالفه و هذا امر منتزع مقارن لوقت الضّمان و هو وضع اليد و الاستيلاء فمعنى ضمان يوم المخالفه ضمان العين بقيمه يوم المخالفه فعلا مشروطا بتلف العين و هذا المعنى امر اعتباريّ يعتبره العقلاء و لا يلزم أيضا الجمع بين اللّحاظين ضمان العين و ضمان القيمه فعلا فانّ احدهما فى طول الاخر لانّ اعتبار قيمه يوم الغصب ليس على نحو الاطلاق حتّى ينافى فعليّه ضمان العين بل هو مشروط بتلفها فلو قام الدّليل على وجوب ردّ العين ما دامت باقيه و ردّ قيمتها الّتى كانت لها فى يوم الغصب لو تلفت لا محذور فيه اصلا لا عقلا و لا عرفا مع انّ الاحتياج الى تقدير الشّرط ثابت على جميع الاقوال فانّ اعتبار يوم التّلف ليس الّا انّه يجب ردّ العين لو كانت باقيه و قيمتها الثّابته يوم التّلف لو كانت تالفه و هكذا بناء على اعتبار قيمه يوم الردّ غايه الفرق انّ على سائر الاقوال لم يؤخذ الشّرط متأخّرا بل نفس القضيّه شرطيّه و انّها اذا تلفت يجب قيمتها حين التّلف و يؤيّد هذا القول امور منها اجماعهم فى مسئله بدل الحيلوله على وجوب قيمه العين على الضّامن بمجرّد الحيلوله اذ لو لم يكن الضّمان فعليّا لا وجه لوجوب قيمه العين بمجرّد عدم التمكّن و لا يمكن الجمع بين عدم فعليّه الضّمان و وجوب بدل الحيلوله و كون القيمه بدلا عن السّلطنه الفائته توجيه واقع من المصنّف ره و منها انّه لو لم يلتزم بقيمه يوم الغصب و ما بحكمه تبقى العين فى ذمّه الضّامن غير متقوّمه بالمال و بقائها فى الذمّه غير متقدّره يقتضى ضمان منافعها مع انّهم لا يلتزمون به و البراءه من المنافع ملازم لفعليّه الضّمان بالقيمه يوم وضع اليد على العين و منها اجماعهم فى مسئله تعاقب الايادى على العين المغصوبه على جواز مطالبه المالك لقيمه العين من ايّهم شاء مع امكان المطالبه ممّن تكون العين فى يده فحكمهم هذا ظاهر فى انّ الغصب سبب لتحقّق الضّمان فعلا بقيمه المغصوب و الّا لم يكن وجه لجواز المطالبه من غير من تكون العين فى يده

[تعذر الوصول إلى العين فى حكم التلف]

قوله (ثمّ انّ فى حكم تلف العين فى جميع ما

ذكر)

اعلم انّه يلزم أوّلا- تاسيس الاصل فى المسأله ليكون مرجعا عند الشّک و حقّه ان يقال لو قلنا بفعليّه الضّمان بالغصب فمقتضى قاعده اليد جواز المطالبه بالبدل مط سواء صدق التعذّر أم لا و سواء تضرّر المالک من الصّبر أم لا و ذلک لانّ ما خرج عن هذه القاعده هو صوره ردّ العين فانّ فعليّه الضّمان بالبدل مشروطه بعدم ردّ العين اجماعا و فى غير هذه الصّوره لم يعلم بتعليق و لا شرط و بناء عليه فلا حاجه فى اثبات وجوب اداء البدل من القيمه او الغرامه بايّ معنى اريد منهما كما ستعرفه الى قاعده الضّرر و صدق التّلف و امثاله من التعذّر او الخروج عن القيمه مضافا الى ما مرّ من انّ قاعده الضّرر ليست مثبته لحكم بل هو ناف للحكم المجعول الضّررى و المسأله ليست لفظيّه و ممّا قام عليه ادلّه بلفظ التعذّر حتّى ينظر فى صدق التعذّر او التّلف او عدمهما و الحاصل لو قلنا بفعليّه الضّمان يوم الغصب فالاصل بمقتضى القاعده جواز المطالبه بالبدل مط و امّا لو قلنا بفعليّه الضّمان بالتّلف انعكس الاصل فانّ بناء عليه يكون اغلب موارد المسأله مشكوكه للشّک فى صدق التّلف و التعذّر و الاصل البراءه اذا عرفت الاصل على كلّ من البنائين ففى صوره تلف العين حقيقه كما فى التّالف القيميّ او حكما كالغرق و السّرق فى المقام فلا اشكال فى وجوب الغرامه على الضّامن اذا حصل اليأس من الوصول الى العين لحصول الشّرط بنفس تحقّق التّلف سواء قلنا باعتبار يوم الغصب او يوم التّلف و أمّا اذا لم يكن فى حكم التّلف او لم يحصل اليأس بل كان عدم وجوب ردّ العين للمنع الشّرعى كاللّوح المغصوب المنصوب على السّفينه اذا خيف من نزعه تلف نفس و لو كان نفس الغاصب او تلف مال لغير الغاصب و كذا فيما لا يكون التعذّر مسقطا للتّكليف بل كان ممكنا بحيث يجب عليه السّعى فى مقدّماته ففى الانتقال الى القيمه و وجوب ادائها بناء على فعليّه الضّمان بالتّلف كما هو مختار المصنّف قدّس سرّه فانّ كلماته فى المقام مبتيّه على الاعتبار بيوم التّلف اشكال لما عرفت انّ مقتضى الاصل ح هو البراءه و جميع ما يمكن ان يستدلّ به لوجوب اداء القيمه بناء على القول باعتبار يوم التّلف فى القيمى امور الاوّل ما ذكره من التمسّک بالاخبار الدالّه على الضّمان بالامور المذكوره فى باب الامانات المضمونه و فيه انّ مقتضى تلک الادلّه اذا كان هو فعليّه الضّمان بالتّلف كما هو المبنى ففى شمولها للمقام ما عرفت من الاشكال الثّانى قاعده الضّرر و فيه ما تقدّم الثّالث عموم دليل السّلطنه و فيه انّ المسلّم هو عموم سلطنه المالک على العين و امّا على غيرها فهو أوّل الكلام الرّابع انّ فى اداء القيمه جمعا بين الحقّين و

فیه انّ مع بقاء العین و امکان وصولها الی السّاحل مثلا ـ لا ـ یثبت حقّ للمالک بناء علی الاعتبار بیوم التّلف حتّی یجب علی الغاصب و القابض دفع القیمه للجمع بین الحقّین الخامس انّ الغاصب حائل بین المال و مالکه و فیه ما عرفت من انّ حیلوله الغاصب لیست بنفسها من موجبات الضّمان ما لم یدخل تحت احد الاسباب کالید او الاتلاف السّادس انّ الغرامه بدل عن السّلطنه الفائته و فیه انّ فوت السّلطنه لو کان مقتضیا لوجوب ردّ العین الی المالک مع القدره الشرعیّه و العقلیّه فلا بأس و امّا کونه مقتضیا لوجوب ردّ قیمتها إلیه مع عدم تحقّق ضمان بالقیمه فلا دلیل علیه و لکن لا یخفی انّ مع ذلک کلّه فظاهر اطلاق الفتاوی هو الضّمان بالقیمه مط و ستعرف توجیهه بفوات المالیّه و للکلام فی فوات السّلطنه تتمّه

قوله ثمّ الظّاهر عدم اعتبار التعذّر المسقط للتّکلیف)

قد مرّ الکلام فی هذه المسأله و السّابقه علیها و هی تقیید الحکم بما اذا حصل الیأس او شموله لما لو علم وجدانه فی تأسیس الاصل و الفرق بین المسألتین انّ النّسبه بین الیأس من الحصول و التعذّر المسقط للتّکلیف عموم من وجه فانّ الیأس من الحصول قد لا یوجب سقوط التّکلیف لعدم کونه متعذّرا عقلا کما انّ مع العلم بوجدانه فیما بعد قد یسقط التّکلیف فعلا لتعذّر الوصول فی هذه الحال امّا للمنع الشّرعی الّذی هو کالامتناع العقلی کما فی لوح السّفینه و امّا للمنع الخارجی فعلی کلّ من صورتی الیأس و العلم بالوجدان یصحّ التّقسیم الی التعذّر العقلی المسقط للتّکلیف و غیره

[هل یلزم المالک بأخذ البدل؟]

قوله (ثمّ انّ ثبوت القیمه مع تعذّر العین لیس کثبوتها

یمکن ان یقال انّ هذا فی غیر ما یصدق علیه التّلف عرفا و الّا ففی التّلف العرفی المخرج للعین عن قابلیّه الملکیّه عرفا کالغرق لا یجوز للمالک الامتناع و سیتعرّض المصنّف فی مسئله إباحه المبذول لمالک العین أم ملکیّته له انّ فی التّلف العرفی وجب قیام مقابله من مال الضّامن مقامه فی الملکیّه و فی هذا تأیید لکون دفع القیمه حقّا للضّامن کما یمکن ان یق انّ هذه المسأله ای کون دفع القیمه حقّا للضّامن أم کون مطالبتها حقّا للمالک و المسأله الآتیه من انّ بعد دفع الغاصب القیمه هل یضمن المنافع و الصّفات الحاصله بعد دفع القیمه و الزّائله قبل حصول العین و دفعها الی المالک أم لا ـ کلتاهما مبتیّتان علی انّه لو قلنا بفعلیّه الضّمان بالغصب فاللّازم ان یکون دفع القیمه حقّا للغاصب لتحقّق ضمانها بالقیمه و له ان یفرغ ذمّته و لا یجوز للمالک الامتناع فلو امتنع کان له دفعها الی الحاکم او الی عدول المؤمنین و اذا دفعها برء من ضمان المنافع و الصّفات اذ لیس فی ذمّته الّا القیمه و ما دام التعذّر باقیا لا ضمان له بالنّسبه الی العین اصلا و المنافع و الصّفات تابعه لها فلا وجه

لضـمانها نعم اذا تمکّن من العین وجب ردّها للدّلیل القائم علی ذلک و لو قلنا بفعلیّه الضّمان یوم التّلف و انّ وجوب القیمه فی المقام لتـدارک السّلطنه الفائته فاللّازم عـدم کون دفع القیمه حقّا للضّامن و کـذا لا یبرأ ذمّته من ضـمان المنافع و الاوصاف فانّ المضمون ح هو العین لا القیمه و من آثار ضمان العین ضمان المنافع و الاوصاف و لم یتعلّق ضمان فی ذمّه الغاصب بالقیمه بدلا عن العین حتّی یکون دفعها حقّا له بـل یکون المقام ح نظیر المثلیّ المتعـذّر علی ما عرفت سابقا من انّ الحقّ عـدم الانتقال الی القیمه بمجرّد التعـذّر و یکون الحقّ للمالک فیجوز له الصّبر الی زوال العذر و لکنّ التّحقیق ما افاده المصـنّف ره من کون ثبوت القیمه حقّا للمالک سواء قلنا بضمان الغاصب بعد دفع القیمه للمنافع و الصّفات أم لا و ستعرف وجهه

[هل تنقل العین إلی الضامن بإعطاء البدل]

قوله (فلا ینتقل العین الی الضّامن فهی غرامه لا تلازم فیها)

لا اشـکال فی انّ مقتضـی کون المبـذول غرامه عدم الملازمه فیها بین خروج المبذول عن ملک الضّامن و دخول العین فی ملکه فانّ هـذه الملازمه من لوازم المعاوضه و لکنّ الکلام فی انّ معنی الغرامه لو کانت قیام المبـذول مقام العین فهو عوض عنها و اذا ملـک العـوض فکیف یصـحّ بقـاء ملکیّته للمعوّض و هـل هـذا الّا من الجمع بین العوض و المعوّض فعلم انّ التّلازم بین خروج المبـذول عن ملـک الضّامن و دخول العین فی ملکه امر و بقـاء العین علی ملـک مالکهـا امر اخر و الکلام فی الامر الثّانی و من الواضـح انّ فساد الجمع بین العوض و المعوّض لا یختصّ بباب المعاوضات و حیث قد عرفت انّ مقتضـی البدلیّه عدم بقاء العین علی ملک مالکها مع انّه مال لا بدّ له من مالک فقد یقال بانّه لا یبعد انکشاف وجوب دفع البدل عن انتقال العین الی الغارم کما اختـاره ره فی المسـأله التّالیه و هی مـا لو لـم یفت الّا بعض مـا لیس به قوام الملکیّه و هنـا یختـار بقاء العین علی ملک مالکها و للفرار عن اجتمـاع العـوض و المعوّض یـذهب الی انّ مقتضـی ادلّه الضّمان کون الغرامه بـدلا عن السّلطنه المطلقه علی العین و الفرق بین المسألتین مشـکل ثمّ لا اشـکال فی انّ المـال المبـذول یملکه المالک بلا خلاف و التّحقیق انّ السرّ فی ذلک هو انّ الغرامه فی محـلّ البحث مـط یکون بـدلا عن المـالیّه و یکون الضّمان بهـا مسـتفادا من قوله (ص) علی الیـد ما اخـذت و مطابقا لقاعده من اتلف مال غیره فهو له ضامن فالضّمان هنا هو ثبوت ما یساوی مالیّه المغصوب فی عهده القابض تدارکا لما فات منها من المالک بسـبب الحیلوله و لا اشـکال فی کون الفائت هو مالیّه العین و کذا فی دلاله علی الید و قاعده الاتلاف علی انّ عهده المالیّه علی الغاصب و لیس المبذول فی مقابل العین لیکون بدلا عنها و تدارکا لها لفرض بقائها

فان قلت انّ المالیّه فی غیر ما یکون بحکم التّلف غیر

منتفیه

قلت انّ المالیّه یختلف ثبوتا و انتفاء بالإضافه الی الاشخاص و لا ینافی سلب المالیّه عن عین بالنّسبه الی المالک المعزول عنه التصرّف فیها ثبوتها للغاصب القادر علیه فالمالیّه المطلقه غیر منتفیه و المنتفیه المبذول بإزائها الغرامه انّما هی بالنّسبه الی المالک و لیست الغرامه بعنوان المعاوضه حتّی یکون مالیّه العین محکومه شرعا بکونها للغاصب کما لا یخفی

فان قلت اذا کانت المالیّه مسلوبه عن المالک فلا یصحّ بیعه و عتقه للعین مثلا

قلت من الواضح انّ امثال هذه التّصرفات موقوفه علی المالیّه المطلقه لا المقیّده

فان قلت انّ قاعده الاتلاف بکلّیتها المذکوره و هی انّ من اتلف مال غیره فهو ضامن و ان کانت مشهوره بین الاصحاب و یتمسّکون بها فی جمیع الابواب الّا انّها لم تکن مأثوره فی الأخبار

قلت قد استفادوها من اخبار وارده فی ابواب متفرّقه منها ما ورد من التّعلیل بالافساد فی ضمان من اعتق شقصا من المملوک المشترک ففی الصّحیح عن الصّادق (ع) عن المملوک بین شرکاء فیعتق احدهم نصیبه قال انّ ذلک فساد علی اصحابه لا یقدرون علی بیعه و لا مؤاجرته قال یقوّم قیمه فیجعل علی الّذی اعتق عقوبه و انّما جعل ذلک علیه عقوبه لما افسده و فی موثّقه سماعه سألته عن المملوک بین شرکاء فیعتق احدهم نصیبه فقال هذا فساد علی اصحابه یقوّم قیمه و یضمن ثمن الّذی اعتقه لانّه افسد علی اصحابه و منها ما ورد من التّعلیل کذلک فی ضمان واطئ البهیمه لمالکها ففی حسن سدیر عن الباقر (ع) فی الرّجل یأتی البهیمه قال یجلّد دون الحدّ و یغرم قیمه البهیمه لصاحبها لانّه افسدها علیه و منها ما دلّ علی تغریم الشّهود اذا رجعوا عن الشّهاده و بالجمله الامر الفائت فی الحقیقه هو مالیّه العین عن المالک و المبذول غرامه عنها و یملکه المالک بلا خلاف و اشکال و احتمال کون الغرامه مباحا له إباحه مطلقه لا وجه له اذ لو ثبت حقّ للمالک فی اخذه للقیمه فهو ملک له و ان لم یثبت فلا یباح له أیضا و الالتزام بها من جهه الفرار عن اجتماع العوض و المعوّض فی ملک المبذول له لا وجه أیضا لانّ الغرامه لو کانت بدلا عن العین فهی تکشف عن انتقال العین الی ملک الضّامن و ان کانت بدلا عن المالیّه او عن السّلطنه الفائته لا عوضا عن العین فبقاء العین علی ملک مالکها لا یقتضی خروج الغرامه عن ملکه و توجیه الاباحه بانّ ملکیّه العین اذا لم تزل بمجرّد التعذّر و کان الفائت من المالک هو آثار الملکیّه فانّ بسبب فعل الغاصب صار المالک ممنوعا من تصرّفاته فی ملکه وجب علی الغاصب تدارک ما فاته و وجب علیه بذل ما یجوز للمالک التصرّف فیه حتّی الموقوف علی الملک کما کان له علی عینه و لا یجب علیه بذل الملک فاذا لم یدخل المبذول فی ملک المالک و مع ذلک جاز له التصرّف فیه بایّ تصرّف شاء

فلازمه كون المبذول مباحا له نظير الاباحه فى المعاطاه كما افاده المصنّف ره بقوله و ان كان الذّهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به فى الوجوه الّتى بها قوام الملكيّه وجب قيام مقابله مقامه فى السّلطنه لا فى الملكيّه الخ ففيه أوّلا ما مرّ من انّ بناء على فعليّه الضّمان بالغصب فمقتضى القاعده جواز المطالبه بالبدل و كون المبذول بدلا عن العين فالقائل بيوم الغصب فى الضّمانات لا داعى له الى جعل البدل بعنوان الاباحه و ثانيا انّ الغرامه بدل عن الماليّه كما عرفت و هذا كلّه مضافا الى انّ السّلطنه ليست امرا تدخل تحت الضّمان مستقلّا كالعين و لا تبعا كالمنافع و الصّفات بل هى امر شرعىّ و من آثار الملك و احكامه و لذا قال المحقّق الثّانى قدّس سرّه القائل باعتبار قيمه يوم التّلف فى القيمى و جعل القيمه فى مقابله الحيلوله لا يكاد يتّضح معناه فلو سلّمنا كون الغرامه بدلا عن السّلطنه فلا بدّ ان تكون بدلا عن العين بلحاظ السّلطنه الفائته لا انّها بدل عن اصل السّلطنه و امّا توهّم كون المبذول بدلا عن القدر الفائت من السّلطنه و فى مقابل المقدار من الحيلوله فضعيف جدّا و بعيد عن ادلّه الضّمان غايه البعد هذا و هل يملك الغارم العين المتعذّر الوصول إليها بمجرّد دفع القيمه فبيان ذلك موقوف على الاشاره الى الموارد الّتى يلزم على الغاصب الغرامه و هى أربعه مذكوره فى المتن الاوّل التّلف الحقيقى و ما بحكم التّلف و المراد به تلف جميع الانتفاعات كغرق المال و لو فى بعض الازمنه كاللّوح المنصوب فى السّفينه الثّانى تلف بعض ما ليس به قوام الملكيّه فى جميع الازمنه كالبهيمه الّتى وطئها غير المالك و كان المراد منها ظهرها فانّه يغرم الثّمن لمالكها و نفى الى غير البلد و بيع فالتّالف هو الانتفاع بها فى بلد الوطى فى جميع الازمنه و لا مانع من اخراجها من ذاك البلد و بيعه الثّالث ما خرج عن التّقويم لتلف جميع الانتفاعات فى جميع الازمنه مع بقائه على صفه الملكيّه كالعبد اذا ذهبت عيناه و كالزّجاجه و المرأه اذا انكسرت فانّ الاجزاء باقيه ح و لا قيمه لها الرّابع تلف جميع الانتفاعات فى جميع الازمنه و خروج المضمون عن الملكيّه مع امكان بقاء حقّ الاولويّه و الاختصاص و فصّل قدّس سرّه بين غرامه البهيمه الموطوءه و غيرها من الموارد حيث يقول و لو فرض حكم الشّارع بوجوب غرامه قيمه الحيوان ح لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين الى الغارم و فيه انّ وجوب الغرامه بحكم الشّارع لا يوجب خروج العين عن ملك المالك لانّ المفروض انّ الغرامه ليست عوضا عنها حتّى لا يمكن دخولها فى ملك مالك المعوّض و لو اقتضى ذلك لاقتضى فى جميع الموارد و التّفصيل لا وجه له و لو سلّم خروجها عن ملك المالك فلا يقتضى ذلك دخولها فى ملك الغارم بل اللّازم ح هو الحكم بالتصدّق بثمن العين كما عليه جماعه لعدم استحقاقهما معا له امّا

المالک فلفرض اخذه القیمه و امّا الواطئ فلکونه غیر مالک لها فلیس الّا الصّدقه و فی الحاشیه التقریریّه لبحث الاستاد ره ما هذا لفظه الّا ان یقال انّ تفصیل المصنّف مستفاد من نفس الرّوایه الدالّه علی غرامه الحیوان فانّ قوله (ع) یغرم ثمنه ظاهر فی انّ الحیوان بالوطی یدخل فی ملک الواطئ فانّ التّعبیر بالثّمن انّما هو لبیان ذلک ه و کأنّ الاستاد ره اخذ هذا من الجواهر حیث یقول فی ترجیح کون ثمن المبیع للواطی ما هذا لفظه لانّه الّذی اغرم القیمه بل لعلّ التّعبیر بالثّمن فی الحسن مشعر بصیروره الثّمن له ه و یدفعه أوّلا انّ روایات المسأله خصوصا حسن سدیر عن الباقر (ع) لیس فیها تعبیر بالثّمن و المذکور فی الحسن هکذا و ان کانت ممّا یرکب ظهره اغرم قیمتها و من الواضح انّ غرامه القیمه لیس فیها دلاله و لا اشعار علی صیروره العین ملکا للواطی نعم عثرت علی روایه منقوله عن دعائم الاسلام و لم یذکرها فی الجواهر عن ابی عبد اللّه (ع) انّه قال من اتی بهیمه جلّد الحدّ و حرم لحم البهیمه و لبنها ان کانت ممّا یؤکل فتذبح و تحرق بالنّار لتتلف فلا یأکلها احد و ان لم یکن له کان ثمنها فی ماله و ثانیا انّ ثمن الشی ء قیمته لغه لا خصوص عوضه فی مقام المبادله و المعاوضه و لا فرق بین ان یقول یغرم قیمته او یغرم ثمنه فی عدم الدّلاله علی صیروره العین ملکا للغارم و تری فی تفاریق الاخبار اطلاق الثّمن علی القیمه من دون صیروره المثمن ملکا لباذل الثّمن منها ما مرّ فی المقام فی موثّقه سماعه الوارده فی الجواب عن المملوک بین شرکاء فیعتق احدهم نصیبه و مع ذلک کلّه فالاقوی فی مسئله البهیمه الموطوءه الّتی یراد منها ظهرها انتقالها الی الغارم بعد دفع القیمه بخلاف غیرها من جمیع الموارد و ذلک لظاهر حسن سدیر المرویّ فی کافی و التهذیب و یه عن ابی جعفر (ع) فی الرّجل یأتی البهیمه قال یجلّد دون الحدّ و یغرم قیمه البهیمه لصاحبها لانّه افسدها علیه و تذبح و تحرق و تدفن ان کانت ممّا یؤکل لحمه و ان کانت ممّا یرکب ظهره اغرم قیمتها و جلّد دون الحدّ و اخرجها من المدینه الّتی فعل بها فیها الی بلاد اخری حیث لا تعرف فیبیعها فیها کیلا یعیّر بها فانّ ذیل الرّوایه من قوله (ع) و اخرجها الخ ظاهر فی ذلک فانّ التأمّل فی تمام الذّیل یوجب ظهورا فی انّ البهیمه بعد اعزام القیمه تکون له و یبیعها لنفسه و الفرق بین ما ذکرنا و ما فی الحاشیه التّقریریّه واضح فانّه یدّعی الظّهور الاطلاقی من جمله و یغرم ثمنه او اغرم قیمتها و نحن ندّعی ظهور الفاظ الذّیل و هذا من الظّهور بحسب القرائن الجزئیّه فانّ ظهور اللّفظ مفردا أم مرکّبا فی معنی قد یکون بالوضع و قد یکون بالإطلاق و ترک التّقیید و یسمّی بالتّبادر و الظّهور الاطلاقی و قد یکون بکثره الاستعمال الغیر الواصله الی حدّ النّقل فانّ کثره استعمال اللّفظ فی غیر ما وضع له ربما یکون بحیث توجب الوضع التعیّنی و هجر المعنی الموضوع له و ربما یکون

بحيث توجب ظهور المعنى المجازى من اللّفظ عند الاطلاق و ربما يكون بحيث يرفع الظّهور فى المعنى الحقيقى من دون ان يوجب ظهورا فى المعنى المجازى و ربما يكون بحيث لا يوجب شيئا من ذلك و قد يكون بسبب الاقتران بالقرائن و هذا قد تكون نوعيّه كالقرائن المقاميّه الّتى يعتمد عليها اهل اللّسان و قد يكون جزئيّه بحسب الموارد و هذه لا ضابط لها و مسئلتان من هذا القسم و قد يكون الظّهور بدويّا ففى بادى النّظر ينساق الى الذّهن معنى من اللّفظ و لكنّه يزول بعد التأمّل فتدبّر و قد اختار بعض المحقّقين دخول العين فى ملك الغارم مط بتوهّم انّ الضّمان يقتضى دخول العين المضمون بها فى ملك الضّامن حتّى فى مورد التّلف الحقيقى فالتزم بانّه قبل التّلف تنتقل العين التّالفه الى ملك الضّامن و تنتقل القيمه الى ملك المالك فتتلف العين فى ملك الضّامن آنا ما بل حكم فى مثل المرأه و الظّروف المكسوره الّتى تخرج عن قابليّه الانتفاع بها مع بقائها على صفه الملكيّه بدخولها فى ملك الضّامن و الحقّ عدم دخول العين فى ملك الغارم مط الّا اذا قام عليه دليل بالخصوص من نصّ او غيره امّا فى صوره تلف العين فلانّه لم يبق عين حتّى يقتضى بقائها فى ملك مالكها الجمع بين العوض و المعوّض مع ما عرفت من انّ الغرامه ليست من باب المعاوضه بل تدارک لما فات من المالك فلو فات منه نفس العين يجب على الغاصب بذل بدل العين و لو فات منه الماليّه او السّلطنه يجب على الغاصب تدارک ذلك و لو فات منه الاوصاف و الاجزاء فهكذا و امّا فى غير مورد تلف العين فاذا لم يخرج المال عن الملكيّه فلا موجب لدخوله فى ملك الغارم و اذا خرج عن الملكيّه و لم يبق شى ء الّا حقّ الاختصاص فعلى تقدير بقاء حقّ الاختصاص للمالك فالامر اظهر اذ لا وجه ح لانتقال حقّ الاختصاص الى الغارم اصلا فانّ المتدارک به لم يكن عوضا عن حقّ الاختصاص بل انّما كان عوضا عن المنافع الفائته و على تقدير عدم بقائه للمالك فستعرف انّه ح لمن اثبت يدا عليه و ليس من باب النّقل ففى جميع موارد الغرامات لا تدخل العين المتداركه لتلفها بنفسها او لنقصان وصف من اوصافها حتّى وصف كونها فى مكان خاصّ او زمان خاصّ فى ملك الغارم و دليل الضّمان لا يقتضى ذلك اصلا مضافا الى انّ فى مورد التّلف الحقيقى لا يعقل دخول العين فى ملك الغارم و للقطع باتّحاد الحكم فى جميع موارد الغرامات لا تخرج العين عن ملك مالكها و لا تدخل فى ملك الغارم فى التّلف الحكمى كالتعذّر و فى تلف معظم الانتفاعات أيضا و ذلك لانّ دخول العين فى التّلف الحقيقى فى ملك الغارم امّا قبل التّلف آنا ما اى قبل تعلّق الغرامه بذمّه الضّامن و امّا بعد اداء الغرامه فلو كان قبله كالدّخول

آنـا ما فى باب المعاطاه ففيه انّ قبل تحقّق التّلف لا غرامه على الضّامن حتّى ينتقل بـدلها إليه سـلّمنا امكان دخوله فى ملكه حين التّلف لعـدم اقتضـاء الملكيّه التّقـديريّه انـا زمانيّـا و كان معناها دخول العين فى ملك الغارم فى المرتبه السّابقه على التّلف الّا انّه يقتضـى تقـدير الملك فى التّلف الحكمى أيضا فيجب ان يكون نفس التعذّر موجبا لملكيّه الغارم للعين المتعذّر الوصول إليها و لازمه كون منافع العين و النّماءات الحاصـله لها ملكا للضّامن قبل اداء الغرامه و لا اظنّ ان يلتزم به احـد و لو كان بعد اداء الغرامه فلازمه فرض الوجود للعين فانّ نفسـها تالفه و فرض وجودها لا محصّل له و بالجمله لا وجه لصـيروره العين ملكا للضّامن لعـدم اقتضـاء الضّـمان المبـادله و ليست الغرامه الّـا نظير الايقاعـات و قوام تحقّقهـا بشـخص واحـد و مال واحـد فكأنّه ورد على اضافه المالـك ثلمه يجب على الغاصب سـدّها و الحكم فى جميع موارد الغرامات الاربعه على سـياق واحـد و لا يمكن التّفكيك بينها لاتّحاد السّـياق فلو قيل بانتقال العين الى الغارم فى مورد التّلف حين التّلف كان اللّازم انتقالها إليه فى مورد التعـذّر حين التعذّر و يلزمه ان تكون نمـاءات العين من حين التعـذّر الى زمـان الاـداء للغـارم و لو قيـل فى مورد التعـذّر بعـد الاـداء كـان اللّـازم القول بالانتقـال فى مورد التّلف الحقيقى بعـد الاداء و المعـدوم لا يقبل الملكيّه و كيف يمكن الانتقال بعـد التّلف و يؤيّـد عـدم ملكيّه الغارم للعين ملاحظه باب الضّـمان العقدى فانّ من يضمن دينا ثابتا فى ذمّه احد لا يقتضى ضمانه دخول ذلك الدّين فى ملكه و ان كان يلزم على المديون غرامه الضّامن اذا لم يكن ضـمانه بالتبرّع و لكنّ الغرض هو ان لا شبهه فى انّ ضمان الضّامن ليس من باب المعاوضه و الضّمانات القهريّه الشّرعيه أيضا لا يقتضى دخول المبدل فى ملك الغارم و لا منشأ للكلام فى انّ زمان الدّخول بعـد اداء الغرامه او قبله و لاـ للتّفصـيل بين التّلف الحقيقى و التعـذّر و قـد يتوهّم انّ القول بعـدم دخول العين فى المقام فى ملك الغارم ينافى القول بجريان الرّباء فى الضّـمانات فانّ لازم جريان الرّباء فى الضّمان و عدم جواز اعطاء عشرين مثقال من ذهب غير مصـوغ غرامه لعشـره منه مصـوغ لو كـانت قيمته مسـاويه لعشـرين من غير المصوغ هو دخول العشـره التّـالفه فى ملك الغـارم و استكشاف ذلك من لزوم الرّباء فى اداء عشرين بدلا عن عشره يقتضى دخول المبدل فى ملك الغارم فى جميع ابواب الغرامات و لكنّك خبير بانّ الرّبا لا يختصّ بالمعاوضات و لا يقتضـى عـدم جواز اداء الزّائـد بدلا عن الاقلّ دخول الاقلّ فى ملك الغارم و حكم الرّبا جار حتّى فى الضّـمان العقدى على المشـهور و لا يجوز ان يصـير شخص ضامنا لدين فى ذمّه غيره بازيد ممّا فى ذمّته لو كان

مکیلا و موزونا مع انّ الدّین لا یدخل فی ملک الضّامن و لا معنی لدخوله فی ملکه هذا کلّه فی انّ الضّمان و وجوب الغرامه لا یقتضی دخول شی ء فی ملک الغارم مط و امّا حقّ الاختصاص و الاولویّه الّذی هو القسم الرّابع فلا بدّ قبل تحریر محلّ الکلام و بیان الوجوه المذکوره فی المسأله و تعقیبها بما یقوی فی النّظر من تقدیم مقدّمه و هی انّه لا یضمن الخمر مع تلفها اذا غصبت من مسلم و کان الغاصب مسلما و ان کانت متّخذه للتّخلیل لظهور النّصوص و الفتاوی فی عدم ملکیّه المسلم للخمر و ان سبق ملکه قبل الخمریّه و ان کان المتّخذ للتّخلیل منها محترما ای یأثم الغاصب و یجب علیه ردّها و کذا لو غصبها الکافر من المسلم کلّ هذا علی المشهور بل نفی الخلاف فیه و لو غصب خمرا متّخذه للتّخلیل او عصیرا فصار خمرا فی ید الغاصب وجب علیه ردّه کما عرفت نعم لو کان المغصوب خمرا متّخذه للتّخلیل لیس للمالک تغریم الغاصب لیس للمالک تغریم الغاصب لما عرفت من عدم الضّمان و امّا لو کان المغصوب عصیرا ضمن الغاصب و کان للمالک تغریمه قبل التّخمیر او بعده و علی ایّ حال اذا تخلّل فی ید الغاصب کان ملکا للمالک علی المشهور قبل دفع الغاصب الغرامه أم بعده الّا اذا کان المغصوب خمرا غیر متّخذه للتخلیل و قد استشکل بعض فی صیروره الخلّ ملکا للمالک منهم صاحب الجواهر حیث یقول ان تمّ الاجماع فی ذلک کلّه و الّا فلا یخلو من اشکال ضروره انّه بصیرورته خمرا خرج عن ملک المالک و صار فی ذمّه الغاصب المثل لأنّه تلف او بمنزلته فاذا صار خلًّا لا دلیل علی عوده الی ملک المالک بل یمکن ان یکون من المباح یملکه من یسبق إلیه او یکون من هو فی یده اولی به و علی کلّ حال فلا دلیل علی عوده الی ملک المالک انتهی اذا عرفت ذلک فاعلم انّ الاشکال و البحث انّما هو فی انّ مجرّد الملکیّه السّابقه مع عدم احراز جدید و قصد جدید للتّخلیل هل یوجب اولویّه المالک بالنّسبه الی ذلک الخمر بحیث لا یجوز للغیر اخذها منه قهرا و لا اراقتها الّا مع احراز کون قصده الشّرب و لو فرض صیرورتها خلًّا فی یده او ید غیره او فی مکان لا ید لاحد علیها فهی له او لا ـ و الوجوه المذکوره فی ذلک ثلاثه الاوّل ان یکون حقّ الاختصاص و الاولویّه مباینا مع الملک ذاتا و مغایرا له موردا و علی هذا لو کان وجوب الردّ ثابتا فی ضمن الملکیّه و کان ثبوته سابقا لتحقّقها فلا یثبت وجوبه بعد زوالها الّا علی القول بحجیّه الاستصحاب فی القسم الثّالث من اقسام الکلّی الثّانی ان یکون حقّ الاختصاص حادثا للمالک بعد زوال الملکیّه بالتّخمیر لأنّه من آثار الملکیّه قال بعض الاعلام انّ من شئون الملکیّه لشی ء احقیّه صاحبها عند زوالها لمانع مع فرض کون

المحلّ متعلّقا لغرض العقلاء كما فى المقام حيث انّ العصير بعد الخمريّه أيضا متعلّق لغرضهم و لا يلحق عندهم بالتّلف و ان حكم الشّارع عليه بعدم الملكيّه فنحن لا نقول انّ الحقّ ثابت حال الملكيّه و يبقى بعد زوالها حتّى يق لم يكن فى السّابق الّا الملكيّه بل نقول انّه يحدث بعده بدعوى انّه من آثار الملكيّه و انّما اشترطنا ان يكون المحلّ متعلّقا لغرض العقلاء احترازا عن مثل الكوز و الكاس و نحوهما اذا كسرت فانّه لا يبقى للمالك احقيّه بالنّسبه الى مكسورها الّا اذا كانت فى يده و قصد الحيازه فت انتهى و على هذا فلا شبهه فى حدوث حقّ الاختصاص شرعا الّا انّه لم يقم دليل على هذه الدّعوى و لعلّ الامر بالتّامل إشاره إليه الثّالث ان يكون حقّ الاختصاص من شئون الملكيّه و اضافه ضعيفه مندمجه فى القويّه و مندكّه فيها بدعوى انّ الحقّ عباره عن اضافه خاصّه بين المستحقّ و المستحقّ عليه و هذه الاضافه حاصله للمالك و محفوظه فى جميع الحالات و هى كالهيولى لا تزول بزوال الصّوره النوعيّه فاذا صار الخشب رمادا لا تزول اضافه المالك بتغيير الهيئه لانّ الاضافه كانت لذات الشّى ء لا للصّوره و اذا ارتفعت المرتبه القويّه تتحقّق المرتبه النّازله و تصير فعليّه لانّ جنسها ليس الّا المادّه الهيولائيّه و هى محفوظه و قد كانت موجوده بالوجود الاندكاكى و فصلها ليس الّا عدم المرتبه القويّه فحدّ المرتبه النّازله ليس الّا عدم المرتبه القويّه و حفظ المادّه الهيولائيّه و المفروض زوال المرتبه القويّه شرعا و بقاء المادّه المشتركه فى جميع الاحوال فالحقّ الثّابت للمالك فى ضمن الملك قوّه تحقّق و صار فعليّا و فيه انّ كلّا من الملكيّه و حقّ الاختصاص كغيرهما من الحقوق يكون امرا بسيطا غير مشتمل على الجنس و الفصل و المرتبه القويّه من الحقّ بمعنى اعتبار الاضافه و الرّبط الّتى ليس فوقها مرتبه تسمّى ملكا و اطلاق الحقّ على الملكيّه و حقّ الاولويّه ليس من اجل وجود جامع بينهما بل من حيث انّ الحقّ امر مقول بالتّشكيك بحسب اختلاف مراتبه فمرتبه منه يسمّى ملكا و مرتبه اخرى منه يسمّى حقّا و كلّ من المرتبتين يغاير الاخرى بتمام ذاتيهما و ليست المرتبه القويّه الّتى هى الملكيّه مشتمله على المرتبه الضّعيفه الّتى تسمّى حقّا و كيف يمكن القول ببقاء الجنس و المادّه الهيولائيّه بعد انتفاء المرتبه القويّه و لو فرضنا انّ الملكيّه تشتمل على جنس و فصل و هذا نظير الوجوب و الاستحباب فانّ معنى كون الطّلب جامعا بينهما هو انّهما مرتبتان من الطّلب و كلّ منهما مغاير للآخر لا انّ الطّلب قدر مشترك بمنزله الجنس او انّ الاستحباب مرتبه ضعيفه من الطّلب ثابته حال الوجوب فكما انّ مع نسخ الوجوب لا

يكون استحباب فكذا مع رفع الملكيّه لا يكون حقّ يسمّى بالاختصاص او الاولويّه و فى الحاشيه التقريريّه ما هذا لفظه و لا يصحّ قياس الملك و الحقّ على الوجوب و الاستحباب لأنّهما متغايران بالملاك و لكلّ منهما مصلحه مستقلّه فاذا نسخ الوجوب لانتهاء مصلحته فلا تبقى مرتبه ضعيفه من الطّلب حتّى يبقى الاستحباب فانّه يحتاج الى ملاك مستقلّ و الجامع الطّلبى لا يكفى للحكم بالاستحباب و لذا عدّا حكمين متضادّين نعم لو احرزنا ملاك الاستحباب فى ضمن ملاك الوجوب لقلنا ببقائه بعد نسخ الوجوب ه و نزيدك توضيحا فى تضعيف هذا الكلام و اثبات كون الملك و حقّ الاختصاص من قبيل الوجوب و الاستحباب انّ الحقّ و ان كان بحسب مفهومه اللّغوى ما يساوق الثّبوت و لذا يطلق على اللّه تعالى و قد يطلق أيضا بهذا المعنى على الملك و لكنّه فى الاصطلاح اعتبار من الاعتبارات يعتبره المعتبر سواء كان هو الشّارع او غيره و حقّ الاختصاص و الاولويّه ربط خاصّ و اضافه خاصّه اعتباريّه بين شخص و شى ء بمرتبه من المراتب الضّعيفه للملكيّه و الملكيّه ربط خاصّ و اضافه خاصّه اعتباريّه بين شخص و شى ء بالمرتبه القويّه و نحن و ان تقدّم منّا فى اوائل بحث المعاطاه انّ الملكيّه ربط خاصّ بين المالك و المملوك و يختلف هذا الرّبط شدّه و ضعفا و انّها ان احاطت بجميع جهات العين عبّر عنها بملك الرّقبه و يصحّ اطلاق الملك على إباحه التصرفات بل يصحّ اطلاق الملك على حقّ الاختصاص و حقّ الاولويّه الّا انّ الغرض الآن هو انّ الملك بمعنى ملكيّه العين هو اضافه خاصّه غير الاضافه الّتى تسمّى بحقّ الاختصاص و كلّ منهما بسيط و عباره عن مرتبه خاصّه و ربط خاصّ يغاير الاخرى و لا جامع بينهما فالملكيّه و حقّ الاختصاص امران متباينان و متضادّان بتمام ذاتيهما و لو سلّم انّ لهما جنسا و فصلا و الحقّ بالمعنى العامّ اى مطلق الرّبط يكون جنسا لهما لا معنى لبقاء الجنس بعد انعدام الفصل لكونه علّه لوجوده و مع انتفاء العلّه ينتفى المعلول الّا اذا قام فصل اخر مقامه فليسا الّا من قبيل الوجوب و النّدب فانّ الوجوب أيضا ليس مركّبا و ليس له جزان جنس و فصل و انّما هو مرتبه اكيده من الطّلب فحقيقته ليست الّا الطّلب الشّديد و انتفائه ليس الّا انتفاء تلك الحقيقه البسيطه نعم قد يفسّر تلك المرتبه بما هو من لوازمها و هو المنع من التّرك و هذا لازم تلك المرتبه لا انّه من مقوّماتها و لو سلّم انّ للوجوب جنسا و فصلا لا معنى لبقاء الجنس بعد انعدام الفصل لما عرفت من انّه علّه لوجوده فالوجوب و النّدب متباينان بل الاحكام باسرها متباينات و متضادّات و لا يكاد يوجد

واحد منهما بعد ارتفاع الاخر فی مورده الّا بدلیل ثمّ انّه کما قد تحقّق فی محلّه امتناع اجتماع الوجوب و النّدب العینیّین بان یکون الشی ء بعینه مطلوب الفعل تاره علی وجه الوجوب و اخری علی وجه النّدب من حیث قیام الطّلبین بنفس الطّالب و من حیث الخصوصیّه الممیّزه بینهما من غیر فرق بین تعلّق الاحکام بالطّبایع او الافراد و سواء فسّرنا الطّلب و الإراده باعتقاد النّفع الرّاجع الی العلم او قلنا بمغایره الإراده و العلم بان کانت الإراده کیفیّه اخری غیر العلم و سواء کانت الإراده عین الطّلب او غیره نعم الظّاهر انّ اختلاف الطّلب الوجود مع الاستحبابی عند عدم رجوع الطّلب الی الإراده و عدم رجوعها الی العلم یکون من قبیل اختلاف العلم و الظنّ فانّ اختلافهما بنفسهما لا باختلاف المعلوم و المظنون و علی ایّ حال فاذا اجتمع ملاک الوجوب و النّدب بان تعلّق الوجوب بعین ما تعلّق به الاستحباب لا یتّصف الفعل الّا بصفه الوجوب لما عرفت من امتناع اجتماعهما و اشتراک الفعل ح بین الوجوب و الاستحباب انّما یکون بالقوّه لا بالفعل و اذا ارتفع الوجوب لا ضیر فی ثبوت النّدب لبقاء ملاکه فلو نذر صلاه اللّیل تبدّل الامر الاستحبابی بالامر الوجوبی و یکتسب الامر الوجوبی التعبّدیّه لانّ الامر الوجوبی الّذی جاء من قبل النّذر و ان کان توصلیّا الّا انّه لمّا تعلّق بموضوع عبادیّ اکتسب التعبدیّه و بعد انقضاء النّذر یبقی ملاک الاستحباب فکذلک من المحقّق امتناع اجتماع الملک بما هو اضافه خاصّه و مرتبه قویّه مع حقّ الاختصاص بما هو ربط خاصّ و مرتبه ضعیفه من حیث إنشاء الاعتبار و قیام الانشائین بنفس المعتبر و من حیث الخصوصیّه الممیّزه بین الملک و الحقّ فانّ کلّا منهما اضافه خاصّه غیر الاخری و لکلّ منهما ملاک خاصّ و مصلحه خاصّه اقتضت إنشاء اعتباره و اذا اجتمع ملاکهما لا یتّصف العین الّا بصفه الملکیّه و اذا ارتفعت لا ضیر فی ثبوت حقّ الاختصاص لبقاء ملاکه و مع ارتفاع الملکیّه من دون ثبوت ملاک الحقّ لا وجه للحکم بثبوته کما لا وجه للحکم بثبوت النّدب من دون ملاکه حین ارتفاع الوجوب فانکار قیاس الملک و الحقّ علی الوجوب و الاستحباب غیر وجیه ثمّ انّ الّذی یختلج فی الذّهن و یقوی فی النّظر فی تایید و اثبات ما ذهب إلیه المشهور من انّ الخمر المتّخذه للتّخلیل یعود ملکا للمالک بعد التّخلیل هو انّ الخمر حین ما کانت عصیرا کان ملکا له و اذا صارت خمرا فلا دلیل علی خروجها عن الملکیّه بقول مطلق و انّما الثّابت خروجه عنها حین الخمریّه و امّا الملکیّه بعد ما تصیر خلًّا فهی ثابته و لیس وجه لسلبها و ذلک لانّ المتیقّن من رفعها هو فعلیّه الملکیّه لوجود المانع و لا وجه لرفع اصل

الملكيّه و الحكم فعلا- حين الخمريّه بثبوت الملكيّه بعد ما تصير خلًّا و يكون المرتفع هو فعليّه الملكيّه لا فعليّه الحكم بالملكيّه فيما بعد على تقدير صيرورتها خلًّا و مضافا الى انّ ذلك هو المتيقّن من رفع الملكيّه حين الخمريّه يستكشف ذلك من مناسبه الحكم و الموضوع و من الحكم بوجوب الردّ فانّ حكمهم بوجوب الردّ و ان كان يمكن ان يكون من حيث ذهابهم الى حقّ الاختصاص الّا انّه قد عرفت انّ الملكيّه و حقّ الاختصاص امران متغايران لا يجتمعان و لا يثبت الثّانى بعد ارتفاع الاوّل الّا بدليل و قد تقدّم منّا فى بحث المعاطاه انّ الملكيّه ربط يختلف شدّه و ضعفا و اضافه يختلف بحسب الاعتبار و منها ملكيّه الانتفاع و ملكيّه المنفعه و يكون منها الملكيّه التّقديريّه و هذا كما فى بيع السلم فانّ البائع ليس له مال مملوك فعلا و انّما يملك الآن ما يوجد فى المستقبل و اللّازم فى البيع تعلّق النّقل بما هو ملك حال النّقل بمعنى ثبوت الملكيّه حال النّقل و ان كان المملوك استقباليّا و كما فى نقل المنفعه فى الاجاره سيّما اذا لم يكن مبدئها متّصلا بالعقد و كما فى الواجب المعلّق حيث انّ الوجوب حاليّ و الواجب استقباليّ و كما فى الامكان الاستقبالى و هو سلب الضّرورات السّت حتّى الضّروره بشرط المحمول فانّ الامكان فيه حاليّ و المحمول امر استقباليّ و هو الوجود او العدم فى المستقبل فانّ مرادهم منه هو الامكان الثّابت للشّى ء فى الحال بل ازلا و يكون المحمول الثّابت له بالامكان و هو الوجود او العدم فى الاستقبال و كون الملكيّه امرا بسيطا ليس له جنس و فصل و يكون كلّ نحو من انحائه مميّزا بخصوصيّه خاصّه من دون وجود جامع بينها لا ينافى عند التّأمل ما ذكرنا فانّ المقصود هو سلب تلك المرتبه الخاصّه المحيطه بجميع جهات العين عنها فى قطعه من امتداد الزّمان و قد علم ممّا ذكرنا انّ الخلّ المغصوب لو صار خمرا فمن حيث الحكم الوضعى لا- يمكن اثبات حقّ الاختصاص فى حال الخمريّه لعدم ثبوته فى حال الملكيّه و عدم حدوثه فى حال ارتفاعها و انّ الثّابت هو الملكيه التّقديريّه و استصحاب الحقّ بالمعنى العامّ الصّادق على الملكيه و حقّ الاختصاص لاثبات حقّ الاختصاص فى حال الخمريّه من القسم الثّالث من استصحاب الكلّى و امّا من حيث الحكم التّكليفى مع قطع النّظر عن ثبوت حقّ الاولويّه او الملكيّه التّقديريه فالظّاهر عدم الاشكال فى صحّه استصحاب وجوب الردّ الثّابت حال الملكيّه و ستسمع بيانه فى شرح عباره المتن

قوله (وجب ملكيّته للمبذول تحقيقا لمعنى التّدارك

لا- يخفى انّ ملكيّه المبذول و ان اقتضاها التصرّف الموقوف على الملك كالعتق و الوطى و البيع الّا انّ توقّفها على الملكيّه لا يقتضى اثبات الملكيّه الحقيقيّه الحاصله قبل التصرّف من باب المقدميه بل يكفى الملكيّه التّقديريّه الحاصله حين التصرّف آنا ما كما فى المعاطاه

[التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها]

قوله

مع بقاء العين على ملک المالک)

و توهّم انّ القیمه بدل عن العین بلحاظ الاوصاف و الاجزاء الّتی خرجت العین لفواتها عن التّقویم فلا تبقی علی ملکه لا وجه له لما عرفت من انّ الغرامه بدل عن المالیّه و صدق التّلف عرفا علی العین الخارجه عن التّقویم رأسا لا- یقتضی خروجها عن الملکیّه و کون الغرامه بدلا عنها

[خروج العین عن التقویم]

قوله (کما فی الرّطوبه الباقیه بعد الوضوء)

اعلم انّ التّلف امّا حقیقیّ و قد تقدّم الکلام فیه و امّا حکمیّ و هو علی أربعه اقسام یجمعها التعذّر الاوّل ان یکون التعذّر لسرقه المال المغصوب او لاباق العبد کذلک و نحو ذلک ممّا یکون المال المغصوب ممکن الاداء فی ذاته و لکن یتعذّر ردّه من القابض او الغاصب لمانع خارجیّ الثّانی ان یکون التعذّر لعدم التمکّن من ردّ المغصوب ذاتا کالرّطوبه الباقیه علی اعضاء الوضوء الثّالث ان یکون لخروج المال بالردّ من المالیّه کالخیط المغصوب الّذی خیط به الثّوب فانّ ردّه مفض الی تلفه الرّابع ان یکون لخلط المال المغصوب بمال اخر و الخلط علی اقسام لانّه قد یکون بالجنس و قد یکون بغیره و الاول اما بما یساویه فی الصفات و اما بالأردإ و اما بالاجود و الثانی و هو الخلط بغیر الجنس امّا بما یستهلک فی المغصوب و امّا بالعکس و امّا بما یساویه فی المقدار و بدل الحیلوله الّذی هو المقصود بالبحث هو القسم الاوّل من الاقسام الاربعه المذکوره فی المتن الّتی یلزم فیها علی الغاصب الغرامه و القسم الاوّل من اقسام التعذّر و مرجعه الی ما کانت العین باقیه علی حالها من دون نقص فی قیمتها او تغییر فی صفتها و انّما امتنع ردّها لعدم قدره الغاصب علیه فعلا و مرجع الباقی الی تعذّر الردّ من کلّ احد لا خصوص الغاصب امّا لعدم امکانه ذاتا کالرّطوبه الباقیه علی اعضاء الوضوء و امّا لعدم امکانه شرعا کمسأله الخیط و امّا لعدم امکانه مع بقاء العین علی ما هی علیه کمسأله الخلط و تفاصیل هذه المسائل موکوله الی محلّها

قوله (کیف و لم تتلف هی)

و الوجه کما عرفت انّ الغرامه بدل عن المالیّه لعدم فوات العین حقیقه و لکن فی النّفس شی ء من صدق التّلف عرفا و معه فلا مانع من کون القیمه بدلا عنها و لعلّ الامر بالتأمّل إشاره الی هذا

[خروج العین عن الملکیه مع بقاء حق الأولویه]

قوله و من انّ الموضوع فی المستصحب ملک المالک)

فیه انّه لو سلّم کون الموضوع لوجوب الردّ فی لسان الدّلیل هی الملکیّه الّا انّ الموضوع واقعا ما یکون کذلک بنظر العرف و

العرف يترتّب وجوب الردّ على ذات الموضوع لا على وصفه العنوانى فانّ الوصف فى المقام عنده من قبيل الواسطه فى الثّبوت و ان كان بظاهر الـدّليل من قبيل الواسـطه فى العروض نظير التغيّر المأخوذ موضوعا فى الحكم بالنّجاسه فانّه و ان ورد الـدّليل على انّ المتغيّر نجس و لكـن بنظر العرف يكـون التغيّر علّه لعروض النّجـاسه على المـاء و المعروض هـو ذات المـاء و لا يرى انّ المعروض هـو المتغيّر و المـاء لاتّحـاده مـع المعروض يعرضه العـارض بـالتّبع حـتّى يكـون التغيّر واسـطه فى العروض و بـالجمله الاوصاف العنوانيّه

المأخوذه فی موضوعات الاحکام تاره تکون هی بنفسها موضوعه لها کما اذا قیل اعط الفقیر الدّرهم او قلّد المجتهد العادل و تکون الموصوفات و المعنونات معروضه للاحکام ثانیا بواسطه اتّحادها مع الموضوعات الحقیقیّه من دون فرق بین ان یکون الدّلیل بلسان اذا کان زید مجتهدا فقلّده او قلّد المجتهد و هو زید للعلم بانّ المناط و الموضوع الواقعی هو الاجتهاد فلو زال الوصف انتفی الموضوع و فی هذا القسم لا- مجال للاستصحاب و تاره تکون هی وسائط للاثبات کما اذا رتّب النّجاسه علی الماء المتغیّر او وجوب الرّدّ علی الخلّ او العصیر المملوک فانّ الموضوع حقیقه هو ذات الماء و الخلّ لا الوصف العنوانی من دون فرق بین ان یؤخذ الوصف العنوانی فی لسان الدّلیل موضوعا کان یق المتغیّر نجس او الخلّ یجب ردّه او یؤخذ الذّات موضوعا فیق الماء المتغیّر نجس او هذا مشیرا الی الخلّ یجب ردّه و ح فزوال الوصف لا یضرّ باستصحاب الحکم المترتّب علی الذّات فلا مانع من استصحاب وجوب الرّدّ و لا فرق فی صحّته و جریانه بین القول بکون الحکم الوضعیّ و هو الملکیّه متأصّلا فی الجعل او منتزعا من الحکم التّکلیفی ثمّ لا- یخفی انّ الاستصحاب انّما هو فی صوره الشّکّ و امّا علی الوجه الثّانی و هو انّ من آثار الملک ثبوت حقّ الاختصاص و وجوب الرّدّ کما هو مختار السیّد الطّباطبائی ره او الثّالث و هو انّ مع ارتفاع الملکیّه یتحقّق حقّ الاختصاص و یصیر فعلیّا او الرّابع و هو الحکم بثبوت الملکیّه فی المستقبل فالحکم بوجوب الرّدّ لا- یتوقّف علی الاستصحاب کما هو واضح

قوله (ردّت الی المالک بلا خلاف ظاهر)

اعلم انّه قد استشکل جماعه فی وجوب الرّدّ اذا کان العود خلًّا بعد دفع البدل الّا ان یکون غرض المصنّف عدم الخلاف فی ذلک اذا کان العود قبل دفع البدل و علی ایّ حال فالوجه فی جعل هذا الاجماع تاییدا لا دلیلا أوّلا هو امکان ان یکون الاجماع علی الرّدّ بعد صیرورته خلًّا تعبّدیا و لا ینافی الخلاف فی ثبوت حقّ الاختصاص قبل ذلک و ثانیا هو عدم الملازمه بین الاجماع المذکور و ثبوت حقّ الاختصاص فی حال الخمریّه کما هو المختار

[حکم ارتفاع قیمه العین بعد دفع بدلها]

قوله (و عن التّذکره و بعض اخر)

الظّاهر انّ الوجه عندهم هو بقاء العین علی ملک المالک و قد دفعه المصنّف بعد تسلیم ذلک بانّ مقتضی صدق الغرامه خروج الغارم عن عهده العین فبدفع البدل خرج عن عهده جمیع ما یتحمّله العین

فان قلت مقتضی صدق الغرامه هو الخروج عن عهده العین و مالیّتها و امّا النّماءات و مالیّتها فحیث انّها ملک المالک تکون عهدتها کعهده العین و لم یحصل ما یوجب الخروج عنها

قلت بعد صدق الغرامه عن العین لا محصّل لهذا الکلام اذا النّماءات و مالیّتها من توابع مالیّه العین و لیست فی مرتبتها و لیس ما ذکر الّا مساویا للقول بلزوم غرامه اخری عند تلف العین هذا غایه المقال فی هذا المجال و لکن

قد عرفت فيما تقدّم انّ بادى النّظر يقتضى ابتناء المسأله كون دفع القيمه حقّا للضّامن أم كون مطالبتها حقّا للمالك و مسئله ضمان المنافع و الصّفات على انّ الضّمان يتحقّق بالغصب او بالتّلف و على هذا فلو قلنا بتحقّق الضّمان بمجرّد الغصب فامّا ان نقول بانّ وجوب الغرامه على الضّامن من باب تدارك السّلطنه كما هو ظاهر المتن فيما تقدّم حيث قال فيه و لو لا ظهور الاجماع و ادلّه الغرامه فى الملكيه لاحتملنا ان يكون مباحا له إباحه مطلقه ه و امّا ان نقول بانّ السّلطنه من احكام الملك و لا تشملها ادلّه الضّمانات و مجرّد الحيلوله بين المال و مالكه لا يوجب ضمان السّلطنه و وجوب الغرامه على الضّامن انّما هو من باب تدارك ماليّه المال بعد سقوط الخصوصيّه الشّخصيّه بالتعذّر مثل وجوب اداء القيمه فى المثلى المتعذّر مثله فان قلنا بالاوّل و هو انّ الغرامه لتدارك السّلطنه الفائته فاللّازم هو ثبوت الضّمان للمنافع و النّماءات و ارتفاع القيمه كما انّه كذلك بناء على تحقّق الضّمان بالتّلف و ذلك لانّه و لو قلنا بتحقّق الضّمان بالغصب و لكنّ المال المغصوب فى عهده الضّامن بشخصيّتها و سلطنتها و منافعها و نماءاتها و ماليّتها و اذا ارتفع ضمان الشّخصيّه بالتعذّر و ضمان السّلطنه بتداركها بالغرامه تبقى منافعها و نماءاتها و قيمتها المرتفعه الى حال الاداء فى عهده الضّامن و لا يرتفع ضمانها باداء الغرامه بدلا عن السّلطنه الفائته و لازم هذا القول أيضا كون المطالبه حقّا للمالك لانّ له اسقاط سلطنته و التّجاوز عن حقّه و على الثّانى و هو كون السّلطنه من احكام الملك و لا تدخل فى ادلّه الضّمانات فاللّازم سقوط ضمان المنافع و النّماءات و ارتفاع القيمه سواء قلنا بانّ المنافع و الصّفات تدخل فى عموم على اليد بتبع الاعيان و يتعلّق الضّمان بها مستقلّا او قلنا بانّ ضمانها تبع لضمان الاعيان و ذلك لانّ بعد سقوط ما فى ذمّه الضّامن باداء الماليّه و لو سقوطا موقّتا كما سيجى ء يبرأ من ضمان المال مط و يكون من هذه الجهه نظير اداء القيمه فى المثلى المتعذّر حيث لا يدخل المنافع تحت الضّمان و لازم هذا القول أيضا ان يكون الدّفع حقّا للضّامن لانّ بعد تعلّق القيمه بذمّته بمجرّد الغصب له ان يبرأ ذمّته من الضّمان و ان كان التعلّق مشروطا بتلف العين او تعذّر الرّدّ و بالجمله بعد سقوط خصوصيّه المال بالتعذّر و تعلّق الضّمان بماليّته فلو لم يدفع ماليّه المال تدخل هى و جميع مراتبها من المنافع و الصّفات و الارتفاعات فى الذمّه و امّا بعد دفع الغرامه بدلا عن الماليّه تسقط جميع ذلك ثمّ ليعلم ثبوت الفرق بين ضمان الارتفاع و ضمان المنافع و النّماءات بانّ الارتفاع مضمون بناء على القول باعلى القيم لو تلف العين و لو ردّت فلا ضمان بخلاف المنافع و النّماءات فانّهما مضمونتان و لو مع ردّ العين دفع اشكال و رفع اجمال امّا الاشكال

فاعلم انّ بناء على ما تقدّم من ابتناء القول ببراءه ذمّه الضّامن من المنافع و النّماءات و ارتفاع القيمه الحاصله بعد دفع الغرامه على القول بانّ دفع الغرامه كان لتدارک العين بماليّتها و القول بعدمها على القول بانّ دفعها كان لتدارک السّلطنه يرد محذور لا محاله و ذلک لانّه لو اخترنا انّ الغرامه من باب تدارک السّلطنه فلازمه عدم عود الغرامه الى الغارم بعد التمكّن من العين و ردّها الى المالک لانّ السّلطنه الفائته اذا تداركها الغارم بدفع البدل عنها لا تعود الى المالک حتّى تعود الغرامه الى الغارم بل يكون حال السّلطنه الفائته حال المنافع فى انّها اذا تلفت حال التعذّر بعد اداء الغرامه عنها لا تعود الغرامه عنها الى الغارم

لا يقال انّ الغرامه تدارک للسّلطنه الفائته فهى لا تكون الّا غرامه لها حال فواتها لا غرامه لها مط حتّى لما تكون بعد ردّ العين و بعباره اخرى انّ الغرامه بدل عن السّلطنه المنقطعه لا عن اصل السّلطنه

فانّه يقال ليست السّلطنه امرا مثليّا حتّى يغرم لها باداء بدل و هو السّلطنه على مال اخر بل لو كانت واجبه التّدارک كانت قيميّه و الحاصل انّه لو قلنا بانّ من احكام ضمان العين الضّمان على السّلطنه كضمان المنافع فلا وجه لعود الغرامه الى الغارم بعد ردّ العين مع انّهم لا يلتزمون به و لو اخترنا انّ دفع الغرامه لتدارک العين بماليّتها فهذا لا يخلو من وجهين احدهما ان يكون وجوب الغرامه بدلا عن الماليّه لا عن اصل العين من باب اعتبار امكان الاداء الدّائمى فى باب الضّمانات و انّ ما لا يمكن ادائه دائما و ان امكن ادائه فى الجمله لا يدخل تحت الضّمان و لاجل ذلک اى اشتراط استمرار امكان الاداء فى تعلّق الضّمان يكون الضّمان فى المقام متعلّقا بالماليّه و يكون الغرامه بدلا عنها و على هذا الوجه فاللّازم عدم وجوب ردّ العين مع التمكّن منها بعد اداء الغرامه كما فى المثلى المتعذّر لانّ الشخصيّه العينيّه اذا سقطت بعدم التمكّن من ردّها و ادائها ينتقل الضّمان الى القيمه و لازمه كون الغرامه بدلا عن العين حقيقه و كون العين داخلا حقيقه فى ملک الغارم فبعد عودها لا يجب ردّها الى المالک مع انّهم لا يلتزمون به ثانيهما انّه لو قلنا بكفايه امكان الاداء فى الجمله لتعلّق الضّمان بنفس العين فلازمه عدم وجوب الغرامه على الغاصب فيما لو علم بامكان ردّ العين بعد سنه مثلا فلا وجه لبدل الحيلوله كما لا يخفى فعلى كلّ من المبنيين يلزم محذور ثمّ اعلم ثانيا انّ ما مرّ من المتن فى صدر العنوان يناقض بحسب الظّاهر ما ذكره هنا حيث يقول ثمّ انّ مقتضى صدق الغرامه على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها الخ فانّ الظّاهر من عبارات الصّدر

انّ الغرامه بـدل عن السّـلطنه و ظـاهر العبـاره هنـا انّ الغرامه بـدل عن العين و الّما لم يكن وجه لتفريع البراءه عن ضـمان المنافع و ارتفـاع القيمه كمـا انّ مـا اختاره ره فی صـدر العنوان من انّ اخـذ البـدل حقّ للمالک لا انّ دفعه حقّ للضّامن و ما اختاره هنا من البراءه من ضـمان المنافع لا يجتمعان مع ما ذكرنا من انّ بادی النّظر يقتضـی انّ القائل بكون اخذ البدل حقّا للمالک يلزمه القول بعـدم البراءه عن المنـافع و تنقيـح مرامه و توضـيح كلامه زاد اللّه فی علوّ مقـامه هو انّ حـال العين المغصوبه و المقبوضه بالعقد الفاسـد لاـ يخلو من اقسام ثلاثه لانّها امّا تالفه حقيقه او فی حكمها كما اذا عرفت العين بحيث لا يمكن اخراجها من الماء ابـدا و امّا باقيه موجوده و هی علی قسمين لانّ الغاصب امّا متمكّن من ردّها الی مالكها علی ما هی عليه و امّا متعذّر من ردّها كذلک و التعـذّر علی اقسام لانّه امّا لا باق العبـد او لسـرقته من يـد الضّامن و امّا لخروجه بالردّ عن الماليّه كالخيط و امّا لعـدم امكان جمع المـال كالمـاء علی اعضـاء الوضوء و امّـا لخروجه عن المـاليّه عرفـا كالاـوانی المكسوره او لخروجه عن المـاليّه و الملكيّه شـرعا كصـيروره الخـلّ المغصوب خمرا امّـا القسم الاوّل و هو صوره التّلف و ما بحكمه فلا اشـكال فی انّ الغرامه بـدل عن ماليّه المال لانتقـاله الی القيمه بمجرّد التّلـف سـواء قلنـا باعتبـار قيمه القيمیّ بيـوم الغصب او يوم التّلف او اعلی القيم فـانّ علی ایّ تقـدير لا يقتضـی الضّـمان الثّابت بمقتضـی علی اليـد الّا اداء قيمه المال لعـدم التمكّن من ردّ نفسه و الخصوصـيّه العينيّه ساقطه و لذا يثبت الحقّ للمالـک و الضّامن كليهما و امّا القسم الثّانی و هو صوره بقاء العين فلا اشـكال أيضا فی انّه ليس للمالک و لا للضّامن اداء القيمه الّا بالمبادله الصّـحيحه و المعاوضه الشّـرعيّه و امّا القسم الثّالث و هو صوره التعذّر فما هو المقصود بالبحث من اقسامها هو الاوّل منها المسـمّی ببدل الحيلوله و ليس الغرامه و تدارک المال فيه لانتفاء السّلطنه و ليس من احكام ضمان المال الضّمان علی السّـلطنه كما هو ظاهر بعض عبائر المتن بل وجوب الغرامه و ثبوت بـدل الحيلوله علی الضّامن انّما هو لعـدّ العرف المال المتعذّر ردّه الی مـالكه فی حكم التّلف مـا دام متعـذّرا فـانّ حقيقه المـاليّه اعتبـارا عباره عمّا يمكن لمالكه من انحاء التقلّبات فيه و المال بحسب العرف و العاده ما كان لمالكه التصـرّف فيه كيف شاء فنفس كون المال تحت يـد المالک و فی حيطه تصـرّفه امر يجب تداركه فی صوره الفوت ما دام فائتا و متعذّرا بنفس ادلّه الضّمانات و هذا هو مراد المصنّف قدّس سرّه من انحاء عباراته فی بدل الحيلوله كمـا اشـار إليه بقوله انّ تحقّق ملكيّه البـدل او السّـلطنه المطلقه عليه مع بقـاء العين علی ملـک مالكهـا انّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به ه

فمقصوده انّ فوات معظم الانتفاعات ممّا يجب تداركه ما دام فائتا فانّ فوت معظم الانتفاعات فى قطعه من الزّمان المعتدّ به بمنزله تلف العين فى تلك المدّه و صرّح به بقوله ثمّ انّ مقتضى صدق الغرامه على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها ه و ما ذكرنا من انّ الغرامه بدل عن اصل ماليّه العين لكن ما دامت متعذّره هو المراد أيضا من قوله و على الثّانى السّلطنه المطلقه على البدل بدل عن السّلطنه المنقطعه و ذكرنا انّ غرضه البدليّه عن اصل السّلطنه لا المقدار المنقطع و اذا اتّضح لك ما تقدّم دريت انّه لا فرق بين القول باعتبار يوم الغصب او يوم التّلف او اعلى القيم فانّها متّفقه على وجوب التّدارك يوم التّلف امّا بقيمه يوم الاخذ او يوم التّلف او بالاعلى من يوم الاخذ الى يوم التّلف و الفرض انّ فوت كون المال تحت اليد بمنزله فوت عين المال و ان كان بينهما فرق من جهه اخرى و هى الانتقال الى القيمه بالفوت دون التعذّر الّا انّ وجوب تدارك المال بمقتضى على اليد و ادلّه الضّمانات ثابت فى الصّورتين و من الواضح أيضا انّ الغرامه و وجوب التدارك اذا كان بدلا عن كون المال تحت اليد ردّ المتدارك به الى الغارم بعد ردّ العين او التمكّن منه كما سيجى ء فانّها كانت غرامه عن فوت كون العين تحت اليد ما دام الفوت لا دائما و كذا الاشكال فى بقاء العين على ملك مالكها و لو مع اخذ الغرامه لانّها لم تكن تالفه حتّى تنتقل الى القيمه و لم تكن من قبيل المثلى المتعذّر لانّ المثلىّ امر كلّى ثابت فى الذمّه و اذا اسقط المالك الخصوصيّه المثليّه و ادّى الضّامن الماليّه يصير ما ادّاه مصداقا لما فى ذمّته حقيقه فلا وجه لثبوت حقّ للمالك بالمثل بعد التمكّن و هذا بخلاف المقام فانّ العين موجوده بالفرض و ليست الغرامه مصداقا لماليّه العين بل هى بدل عنها ما دام التعذّر لانّ الخصوصيّه هنا ساقطه بالتعذّر لا باسقاط المالك فيمكن ردّ العين بعد التمكّن من الخصوصيّه العينيّه و لا يمكن ردّ الخصوصيّه وحدها فيجب ردّها فى ضمن الماليّه فيجب ردّ العين و كذا لا اشكال فيما اختاره المصنّف قدّس سرّه من البراءه من المنافع كلّها بعد اداء البدل و ما اختاره من انّ حقّ المطالبه ثابت للمالك لا للضّامن لانّ كون الحقّ للضّامن أيضا يصحّ لو كان البدل عوضا عن ماليّه العين على نحو انتقال العين الى القيمه كما فى مورد التّلف لا فى مثل المقام فقد عرفت انّ مع بقاء العين و تعذّر الضّامن من ردّها لا موجب للانتقال كما لا موجب له فى المثلىّ المتعذّر و ما سبق منّا من انّ القائل بكون اخذ البدل حقّا للمالك يلزمه القول بعدم البراءه عن المنافع فاسد من حيث المبنى فتدبّر جيّدا و بالجمله يعلم احكام بدل الحيلوله ببيان امور الاوّل لا اشكال فى انّ مقتضى

على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى و كذا مفاد ادلّه الضّمانات هو ان يكون عهده المال على القابض و لا يوجب التعذّر سقوط ما فى عهدته بحيث لا يكون عليه شى ء وضعا و تكليفا و ليس معنى ضمان المال هو وجوب ردّ العين بل يمكن ان يقال انّ مورد ادلّه الضّمانات ما لا تكون العين موجوده امّا للتّلف و امّا للتعذّر و الغرض من هذا الامر هو بيان ثبوت حقّ للمالك على عهده الضّامن فى صوره التعذّر بالضّروره مثل ثبوت الحقّ عليه فى صوره التّلف الثّانى انّ بمقتضى على اليد و سائر الادلّه لا يوجب مجرّد التعذّر انتقال ضمان العين الى القيمه و خروجها عن العهده و ذلک لانّ ما كان موجودا و باقيا على ما هو عليه من قابليّه تعلّق جميع آثار الملكيّه به قابل لتعلّق الضّمان به و ليس كالتّلف الّذى لا يمكن فى مورده تعلّق الضّمان بنفس العين لعدم بقاء آثار الملكيّه فيها و نتيجه هذين الامرين تخيير المالک و انّ ما فى عهده الضّامن ليس خصوص قيمه العين فانّ بالامر الاوّل يعلم بثبوت حقّ للمالک على الضّامن فى الجمله و بالامر الثّانى يعلم عدم سقوط العين عن الذمّه بمجرّد التعذّر و نتيجه الجمع بين الامرين هو ما ذكر نافله الصّبر و مطالبه القيمه بعد سقوط الخصوصيّه بالتعذّر و اذا ادّى الضّامن الماليّه يبرأ من المنافع أيضا لانّ ضمانها كانت تابعه للعين و مع اداء الماليّه لا يمكن بقاء العين فى الذمّه ما دام متعذّر العدم امكان اجتماع ضمانين على شخص لشى ء واحد فالمالک مخيّر بين الصّبر و اخذ الغرامه كما هو كذلک فى المثلىّ المتعذّر الثّالث بدليّه الغرامه بعد المطالبه بمقتضى على اليد ليست دائميّه بل هى بدل ما دام التعذّر و اذا ارتفع تعلّق الضّمان بنفس العين فيجب ردّها و ليس المقام كالمثلىّ المتعذّر الّذى لا يجب فيه دفع المثل بعد التمكّن

[حكم ارتفاع القيمه بعد التعذر و قبل الدفع]

قوله (لكن مقتضى القاعده ضمانه له)

قد عرفت الكلام فيما يقتضيه القاعده فى ضمان المنافع و الصّفات الحاصله بعد دفع القيمه الى زمان ردّ العين او تلفها و عدمه و امّا الحاصله بعد التعذّر و قبل دفع القيمه فلا اشكال كما ذكره فى ثبوت الضّمان بهما و لو قلنا بتحقّق ضمان القيمه بالغصب لانّه مشروط بالتّلف و يوم الغصب مبدأ زمان الضّمان على القول باعلى القيم لا يوم الانتقال الى القيمه و الانقلاب إليها و لذا لو كانت العين باقيه يجب ردّها مع منافعها نعم لو تلفت العين تقوّم بقيمه يوم الغصب الى يوم التّلف او الى يوم الدّفع و بعباره اخرى ثمره القول بيوم الغصب تقدير القيمه فى ذلک اليوم لا الخروج من ضمان المنافع مطلقا و لو قبل دفع البدل و لا الخروج من ضمان ارتفاع القيمه من زمان التعذّر الى يوم اداء البدل للقطع بثبوت الضّمان بالنّسبه الى المنافع و الصّفات الحاصله بعد

التعذّر و قبل دفع الغرامه و ارتفاع القيمه السّوقيّه بعد التعذّر و قبل الدّفع حكمه حكم المنافع و يتعلّق به الضّمان لو تلفت العين و الفرق بين ارتفاع القيمه و المنافع الحاصلين بعد التعذّر و قبل الاداء لا يتصوّر له وجه كما انّ الارتفاع بعد الاداء و قبل التّلف حكمه حكم المنافع و ما استظهره المصنّف من عطف التعذّر على التّلف فى كلام بعضهم من اقتضاء ذلك عدم ضمان ارتفاع القيمه السوقيّه الحاصل بعد التعذّر و قبل الدّفع ممنوع لانّ عطف التعذّر على التّلف ليس بمعنى انّ حكم التعذّر حكم التّلف فى انّ ارتفاع القيمه غير مضمون بل الظّاهر انّ معناه كون حكمه حكم التّلف فى وجوب ردّ قيمه المال الى مالكه

[إذا ارتفع التعذر وجب رد العين]

قوله و دفع البدل لاجل الحيلوله انّما افاد خروج الغاصب)

و كذلك بناء على القول بكون البدل عوضا عن العين و ذلك لانّ سقوط وجوب الردّ هنا كان للعذر العقلى المرتفع بالتمكّن و على القول بالمعاوضه القهريّه فهى ماداميّه اى معاوضه ما دام التعذّر باقيا و لو تلفت لا انّه بعد التمكّن تكون الغرامه أيضا بدلا و عوضا و النّزاع فى انّ البدل بدل عن العين أم عن السلطنه و الماليّه لا يفرّق فى معنى الضّمان و الخروج عنه و انّما يفرّق فى بقاء العين على ملك مالكها او انتقالها الى القابض و اذا افاد دفع البدل الخروج بالمعنى المذكور و للفرار عن محذور الجمع بين العوض و المعوّض افاد ملكيّه القابض للعين كان اللّازم هى الملكيّه الماداميّه و لكن لا يخفى انّ بناء على مالكيّه الغارم للعين ما دام التعذّر اذا افاد ارتفاع تعذّرها صيرورتها للمالك الاصلى كان اللّازم عود ملكيّه الغارم للغرامه بمجرّد طروّ التمكّن و بالجمله لا يقاس المقام بالمثلى المتعذّر بعد دفع القيمه فى انّه لا يجب ردّ المثل بعد التمكّن و ذلك لما عرفت فى بحث المثلى المتعذّر مثله انّ المثل لا يسقط عن الذمّه بمجرّد التعذّر نعم للمالك القاء الخصوصيّه و المطالبه بالماليّه و بعد القاء الخصوصيّه لا يبقى فى ذمّه الضّامن الّا الماليّه و اذا ادّاها الى المالك لا يبقى له حقّ اصلا فلو تمكّن من المثل لا وجه لردّه بعد سقوطه عن الذمّه فانّ سقوط الخصوصيّه المثليّه باسقاط المالك و اداء ما كان مصداقا لما فى الذمّه اى الماليّه موجب لبراءه الذمّه عن المثل ابدا و هذا بخلاف المقام فانّ العين موجوده و خصوصيّتها لم تسقط باسقاط المالك بل سقطت للتعذّر فاذا ارتفع التعذّر و تمكّن الغارم من ادائها وجب ردّها و حيث لم تكن قابله للردّ الى مالكها وحدها بل فى ضمن الماليّه وجب ردّ العين و غرامه الماليّه المدفوعه لم تكن مصداقا لما فى الذمّه و حاصل الفرق

بين الخصوصيّه المثليّه و العينيّه انّ سقوطها فى الاولى كان باسقاط المالک فلا تعود و فى الثّانيه بالتعذّر فتعود بزواله

قوله (و استلزم ذلک)

الضّمير فى استلزم يعود الى دفع البدل و المشار إليه هو خروج الغاصب عن الضّمان

و هل الغرامه المدفوعه تعود ملكه إلى الغارم بمجرّد طروّ التمكّن،

قوله (للمالک فتأمّل)

الظّاهر انّه إشاره الى انّ مبدل الغرامه ليست هى السّلطنه الفعليّه حتّى يقال انّها ما لم تتحقّق لم يعد البدل الى الغارم بل المبدل هو اصل السّلطنه الفائته و قدره الغاصب على العين كافيه فى عودها الى المالک و الدّليل على انّ المبدل هو اصل السّلطنه لا الفعليّه منها وجوب ردّ العين و عدم الانتقال الى القيمه فى غير الحيلوله ممّا كان المغصوب بعينه موجودا

قوله (و لذا لا يباح لغيره)

اى لاجل عدم كون الغرامه عوضا عن مطلق السّلطنه

[ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل]

قوله (اللّهم الّا ان يقال)

لا يتمّ هذا الّا على الوجه الّذى اشرنا إليه فى وجه الامر بالتّامل فتدبّر

[الكلام فى شروط المتعاقدين]

[مسأله من شروط المتعاقدين البلوغ]

اشاره

قوله (سواء كان مميّزا او لا فى جميع التصرّفات الّا ما استثنى كعباداته و اسلامه)

اعلم انّ تصرّفات الصبىّ و افعاله على قسمين لانّها امّا من العبادات او من المعاملات و الكلام فى الثّانى من حيث الحكم التّكليفى خارج عن المقام و امّا الحكم الوضعى فهو على قسمين لانّه امّا لا يعتبر فيه القصد كالضّمان و الملكيّه و لا كلام فى

ثبوت ذلک بالنّسبه إلیه او یعتبر فیه ذلک کالبیع و نحوه و هو المقصود بالبحث فی المقام ای عدم صحّه تصرّفاته من حیث الاحکام المعاملیّه الوضعیّه الّتی یعتبر فیها القصد و لو کان ممیّزا و قد عرفت عدم الاشکال من حیث نفی الصحّه الفعلیّه و انّ البلوغ شرط عندهم و الدّلیل علیه قوله تعالی وَ ابْتَلُوا الْيَتامى حَتّى إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ و الآیه تحتمل معنیین الاوّل انّه امتحنوهم قبل البلوغ الی زمان البلوغ فان رایتم الرّشد منهم فی ذلک الزّمان ای قبل البلوغ فادفعوا إلیهم اموالهم بان یکون الفاء فی فان آنستم تفریعا علی ابتلوا لا علی حتّی اذا بلغوا النّکاح الثانی انّه امتحنوهم قبل البلوغ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فی زمان البلوغ بان یکون الفاء فی فان آنستم تفریعا علی حتّی اذا بلغوا و علی المعنی الاوّل فمجرّد الرّشد کاف فی سلطنتهم و انقطاع سلطنه الاولیاء عنهم لکنّ الظّاهر من الآیه الشّریفه هو المعنی الثّانی لانّه سبحانه فرّع الانس بالرّشد و العلم به علی الوصول بمرتبه البلوغ و لو کان متفرّعا علی مجرّد الامتحان و الابتلاء فلا وجه لذکر جمله حتّی اذا بلغوا النّکاح کما انّ جعل البلوغ غایه للامتحان شاهد علی انّ مجرّد الرّشد غیر کاف فی سلطنتهم علی اموالهم هذا مضافا الی انّ المعنی الثّانی مؤیّد

باخبـار كثيره و ظهور الآـيه فى انّ مجرّد الرّشـد من دون البلوغ غير كـاف لاـ يحتـاج الى تجشّم بيـان و تقريب الاذهان نعم على المعنى الثّانى و كون البلوغ و احراز الرّشد معا شـرطا فى سلطنتهم و انّ الرّشد بدون البلوغ و بالعكس غير كاف فى ذلک يستلزم بقاء سـلطنه الأوصياء عليهم اذا بلغوا سفهاء غير راشدين و عدم جواز دفع اموالهم إليهم اذ الامر بالابتلاء ليس مخصوصا بالاولياء من الأب و الجدّ و الحاكم و عدول المؤمنين بل يشمل الولىّ الجعلى و هو الوصىّ و لا محذور فى هذا اللّازم و يكون الآيه دليلا على ذلـک و فى معنى الآـيه احتمـال ثالث و هو ان يكون حتّى حرف ابتـداء فانّ بعـده جمله شـرطيّه و هو اذا بلغوا و الجزاء فيها أيضا جمله شـرطيّه و هى فان آنسـتم الخ و مصدّره بالفاء جوابا عن الشّـرط الاوّل كما انّ الفاء الثّانيه لجواب الشّرط الثّانى و هذا المعنى فى النّتيجه موافق للثّانى و على ایّ حال لا اشـكال فى ظهور الآيه فى كون البلوغ و الرّشد كليهما شرطا فى صحّه تصرّفاته و لاـ اشـكال فى تحقّق البلوغ بخروج المنى و الإنبـات و امّا السنّ فالمشـهور و هو الأقرب انّه فى الـذّكر خمس عشـره سـنه و فى الانثى تسع سـنين و قد بيّن فى محلّه و كذا لا اشكال فى ثبوت استحباب المستحبّات العقليّه و الشّرعيه على الصّبى على المشهور اذا ادركه عقله و لاجل هذا يحكم بصحّه اسلامه و تظهر الثّمره فى حكم التبعيّه لو كان ابواه كافرين فلو اسلم يحكم باسلامه لانّ وجوب دليل المعرفه عقلىّ و لا اسـتثناء فى الادلّه العقليّه و ضابطها القدره على الفهم و الاسـتدلال و قد حكى عن الشّـيخ الحكم باسـلام المراهق قـال فـان ارتـدّ بعـد ذلـک حكم بارتـداده و ان لم يتب قتل امّا حكمه باسـلام المراهق فهو ناظر الى الرّشـد و لا خصوصـيّه للمراهق فكلّ من اعتقد التّوحيد و النّبوه عن دليل عقلىّ اقناعىّ فهو مسـلم و لو ارتدّ بعد اسلامه و لم يتب فالظّاهر من حديث رفع القلم و غيره عدم قيام الحدّ عليه كما لو ارتدّ المتولّد من المسلمين و بالجمله لا اشكال بحكم الآيه فى اشتراط البلوغ فى الصـحّه الفعليّه و حكمهم بالبطلاـن فى جميع تصـرّفات الصّـبى من عقوده و ايقاعـاته اذا صـدرت منه بـدون اذن الولىّ و قد اسـتثنوا مضافـا الى عباداته و اسـلامه و احرامه ممّا ذكر امورا كوصـيّته و تـدبيره و عتقه و طلاقه و وقفه و اعارته و بيعه اذا كانت باذن الولىّ فانّ جمعا من الفقهاء التزموا بصـحّه ما ذكر من الصبى المميّز او من بلغ عشـرا و تفصيل ذلک موكول الى محلّه ثمّ لا اشـكال فى انّ جميع موارد المسـتثنيات كمـا يصـحّ فيها تولّى الصبى بنفسه يصـحّ له توكيل الغير و كـذا الوكاله عن الغير لانّه لو كان مالكا لشى ء صحّ منه التّوكيل فيه و لو جاز ان يتولّاه لنفسه جاز لغيره نعم يعتبر فى صحّه الوكاله ان لا يتعلّق الغرض

بایقاع الشّی ء من مباشر خاصّ و بعباره اخری کلّما تصحّ فیه النّیابه تصحّ فیه الوکاله فمثل الاسلام و العبادات خارج عن ذلک

قوله (لانّ الایصال و الاذن لیسا من التصرّفات)

لا یخفی انّ ایصال الهدیّه و الاذن فی الدّخول یتصوّر علی وجهین الاوّل ان یوکّل المهدی الصبی فی ایصاله و یقع الهدیّه منه بعد ان کان وکیلا فی ذلک و کذلک فی الاذن بالدّخول بان یأذن من قبل نفسه وکاله الثّانی ان یکون المهدی قد اهدی بفعله و یکون الصبی آله للایصال لا لوقوع الهدیّه کما لو حملها علی حیوان و ارسلها و کذلک یکون اذنه بعنوان ابلاغ اذن المالک فیکون کاشفا عن موضوع تعلّق علیه إباحه الدّخول و هو رضا المالک و لکنّ الواقع غالبا من الصّبی هو الوجه الثّانی و هو کون فعله علی وجه الدّلاله و هذا هو مقصود العلّامه ره و لا خلاف فیه و لم یکن هذا من تصرّفات الصبی القولیّه و الفعلیّه حتّی یجعل من المستثنیات

[الاستدلال علی البطلان بحدیث رفع القلم]

اشاره

قوله احتجّ علی الحکم فی الغنیه بقوله (ص)

اعلم انّه یستدلّ علی الحکم بانّ تصرّفات الصّبی ملغاه عند الشّارع مط و انّه مسلوب العباره لیس له السّلطنه اصلا فلا یجوز له التصرّف و لو باذن الولیّ و لیس له الوکاله عن غیره بادلّه خاصّه و هی الاخبار الوارده علی انحاء ثلاثه الاوّل ما ورد فی وقت جواز امره الثّانی ما ورد من انّ عمده و خطائه واحد الثّالث حدیث رفع القلم و مع قطع النّظر عن هذه الادلّه الخاصّه یمکن الاستدلال علی الحکم المذکور بعد الفراغ عن عدم الصحّه الفعلیّه و شرطیّه البلوغ فی اصل السّلطنه بحکم الآیه بانّ ذلک مقتضی القواعد العامّه سواء جعل عنوان البحث انّه هل تصحّ معاملات الصبی باذن الولیّ أم لا أم جعل انّه هل یکون مسلوب العباره رأسا فلا یجوز وکالته عن غیره فی ایقاع عقد أم لیس کذلک و یصحّ وکالته عن غیره فعلی الاوّل یقال لو کان الصبی محجورا فی سلطنته بمعنی انّه یشترط فی صحّه معاملاته اذن الولیّ أیضا کالرّاهن المحجور من تصرّفه فی ماله المرتهن الّا باذن المرتهن و کالبنت الباکره المحجوره فی عقدها بعدم استقلالها و عدم صحّته الّا مع اذن ابیها أیضا فاللّازم عدم استقلال الولیّ أیضا فی تصرّفاته فی مال الصّبی و کان اللّازم حصول رضاهما کما هو الحال فی المثالین

فان قلت لا مانع من کون الصّبی محجورا فی سلطنته کما فی البنت الباکره لکن من حیث تصرّفاته لا کونه مثلها من جمیع الحیثیّات حتّی من حیثیّه تصرّفات الولیّ و ان شئت قلت یکون الصبی فی معاملاته کالبنت فی تزویجها لا ان یکون الولیّ کابیها

قلت انّ جواز تصرّفات ولیّ الصبی انّما ثبت من جهه حجره فلا بدّ ان یکون مقدّرا بقدره و بمقدار ما کان محجورا یکون جواز التصرّف ثابتا لولیّه فکما انّه لو فرض عدم حجره و جواز تصرّفاته مع عدم

البلوغ كان اللّازم منه عدم جواز تصرّفات الولىّ فكذلك لو فرض ثبوت السّلطنه له و جواز تصرّفه لكن بالانضمام لا بالاستقلال كان اللّازم جواز تصرّفات الولىّ لكن لا بالاستقلال و لا قائل به و لا يمكن ان يكون للصبىّ السّلطنه النّاقصه و جواز التصرّف بشرط الانضمام و للولىّ السّلطنه التامّه و جواز التصرّف بالاستقلال كما لا يمكن ان يكون لكلّ منهما السّلطنه التامّه و السّر فى ذلك ظاهر فانّ السّلطنه كالملكيّه اضافه بين الشّخص و المال و اذا كانت هذه الاضافه ثابته لشخص على نحو الاستقلال كيف يمكن ثبوتها لآخر بالاستقلال او بالانضمام و لا يتوهّم انّ سلطنه الأب و الجدّ على مال الصّبى تكون ثابته لكلّ منهما بالاستقلال فانّها سلطنه واحده كسلطنه الحكّام مع عدمهما و يمتنع اجتماع سلطنتين مستقلّتين او ازيد فى عرض واحد و بالجمله اذا كان للصبى سلطنه ناقصه و جواز التصرّف باذن الولىّ كان اللّازم عدم جواز تصرّف الولىّ مستقلّا للوجهين و على الثّانى يق لا اشكال عندهم فى عدم جواز وكالته و قد ذكورا فى كتاب الوكاله انّ من شرائط الوكيل البلوغ اجماعا مضافا الى انّهم عدّوا منها كون المورد ممّا يكون للوكيل ان يليه بنفسه اى كلّما يجوز له التصرّف لنفسه يجوز له التّوكيل عن غيره و كلّما ليس كذلك لا يجوز له التّوكيل عن غيره و قد عرفت نفى السّلطنه عن الصّبى مط فليس له التصرّف فى مال الغير و لا فى ماله بالوكاله عن وليّه

ثمّ انّ الانصاف تماميّه الاستدلال على الحكم بحديث رفع القلم و كذا الاخبار الدالّه على انّ عمد الصبى و خطائه واحد و ان لم تكن فى الظّهور كرفع القلم و ستسمع الكلام فى تلك الاخبار و امّا دلاله رفع القلم على الغاء افعاله و سلب عباراته مط ففى غايه الظّهور اذ الظّاهر من رفع القلم رفع ما جرى عليه القلم و هو نفوذ الفعل و ليس مفاد الحديث الّا ما هو الدّائر فى السنه العامّه من قولهم انّ فلانا مرفوع القلم و يريدون انّه غير مأخوذ بفعله و قوله و لا حرج عليه فيهما و فعله كلا فعل نعم يختصّ ذلك بالفعل الّذى لم يكن موضوعا للحكم بذاته فانّ الفعل الّذى اخذ موضوعا كذلك و لم يؤخذ فى موضوعيّه للحكم اعتبار القصد خارج عن حديث رفع القلم تخصّصا فانّ الآثار قد تترتّب على الافعال من حيث انّها افعال كالاتلاف و قد تترتّب عليها من حيث صدورها عن الفاعل بالقصد و مفاد الحديث هو مفاد ما سيأتى من انّ عمده و خطائه واحد و كلّ فعل يحتاج الى القصد و العمد اذا صدر عن الصّبى كان عمده خطاء و قد رفع عنه القلم و لم يعدّ فعلا له و كلّ فعل لا يحتاج الى القصد خارج عن مفادهما فالاحكام الوضعيّه المترتّبه على ذوات الافعال يشترك فيها الصّبى و المجنون و النّائم و البالغ و

العاقل و اليقظان و امّا غيرها فمرفوعه و كيف لا يكون مفاد الحديث ما ذكرنا مع انّ رفع القلم عن الصبى متّحد فى السّياق مع رفعه عن المجنون و النّائم و من الواضح انّ الفعل المرفوع عنهما هو فعلهما القصدى و بالجمله الظّاهر انّ الرّفع متعلّق بفعل الصبى من حيث فعله القصدىّ و يكون قصده كلا قصد لا انّ ذات فعله كالعدم

[الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبى]

قوله (و يشهد له الاستثناء فى بعض تلك الاخبار)

كروايه ابى الحسين الخادم عن أبى عبد اللّه (ع) قال سأله ابى و انا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره قال (ع) حتّى يبلغ اشدّه قال و ما اشدّه قال احتلامه قال قلت قد يكون الغلام ابن ثمانى عشر سنه او اقلّ او اكثر و لم يحتلم قال (ع) اذا بلغ جاز امره الّا ان يكون سفيها او ضعيفا وجه الاستشهاد انّ السّفيه ليس مسلوب السّلطنه على وجه الاطلاق حتّى مع اذن الولىّ بحيث يكون مسلوب العباره بل هو محجور عن استقلاله فى التصرّف و اذا كان المراد من عدم جواز الامر فى السّفيه ذلك فليكن هو المراد منه فى غير البالغ أيضا و وجه التّعبير بالشّهاده ظاهر لامكان ان يكون المراد من عدم جواز الامر فى كلّ منهما غير ما هو فى الاخر

قوله (و امّا حديث رفع القلم ففيه أوّلا)

و الجواب عمّا ذكره أوّلا بانّ الظّاهر من تعلّق الرّفع بالقلم تعلّقه بما جرى عليه القلم من الاحكام الّذى هو سبب للمؤاخذه و لا داعى لجعل المرفوع قلم المؤاخذه و هى فى المرتبه اللّاحقه من جرى الاحكام و رفع المؤاخذه مسبّب عن رفع الحكم و تقدير المؤاخذه او سائر الآثار انّما هو فيما لا يمكن ان يتعلّق الرّفع بما هو المرفوع فى ظاهر القضيّه و ما هو السّبب و السّابق فى المرتبه كالاكراه و الاضطرار و الخطاء و النّسيان و امّا فيما يمكن ذلك كرفع ما لا يعلمون و هو الحكم المجهول فى حديث الرّفع و رفع القلم بمعنى رفع ما هو سبب الحكم فى المقام فلا موجب لتقدير المؤاخذه و امثالها و من هنا يعلم انّ رفع القلم كنايه عن رفع اثر الفعل بما هو فعل قصدىّ و عمّا ذكره ثانيا بما قدّمنا فى معنى الحديث من انّ المرفوع هو الفعل القصدى لا مطلق الافعال و عليه فلا يلزم تخصيص الاكثر نعم لا بدّ من تخصيصه بما تقدّم من المستثنيات و لا ضير فيه و عمّا ذكره ثالثا بما قدّمنا أيضا فانّ صيروره فعل غير البالغ موضوعا للحكم المجعول فى حقّ البالغ انّما هو فى الفعل الّذى لم يعتبر فيه صدوره عن الفاعل بالقصد و الاختيار و ما اعتبر فيه ذلك فالحديث دالّ على كونه كعدمه فلا يعقل ان يصير موضوعا لحكم غيره فالظّاهر عدم التأمّل فى انّ مفاد الحديث بعينه مفاد الاخبار الآتيه من انّ عمد الصبى و خطائه واحد و انّ الظّاهر منه مع قطع النّظر عن معناه الكنائى رفع ما جرى عليه القلم و هو مطلق الاحكام و مع النّظر إليه رفع فعله القصدى و انّ عمله كعمل المجنون

و النّائم و قد عرفت انّه يؤيّد هذا الظّهور اتّحاد السّياق معهما و المصنّف ره مع مناقشاته المذكوره يعترف اخبرا بهذا المفاد و يستظهره بملاحظه خبر قرب الاسناد و الحديث بنفسه ظاهر فى ذلک

[ما يستأنس به للبطلان]

قوله (و يمكن ان يستأنس له أيضا بما ورد فى الاخبار)

قد يناقش فى دلالتها بمناقشات الاولى انّ فى ذيل بعضها يحمله العاقله و تحمّل العاقله مخصوص بباب الجنايات فالاخبار وارده لاحكام ذلک الباب لا لمطلق الاحكام الثّانيه انّ عنوان الخطاء و العمد لم يؤخذ فى موضوع دليل الّا فى باب الجنايات و الاصحاب أيضا ذكروها فى ذلک الباب فالاخبار المشتمله على لفظى الخطاء و العمد مخصوصه بها نعم لفظ القصد و الاختيار لا اختصاص له بباب الجنايات الثّالثه انّ العمل بإطلاقها ينافى ما اشتهر بينهم من انّ الاحكام الوضعيّه ليست مختصّه بالبالغين و الانصاف صحّه الجواب عن الاولى بانّ تذييل بعضها بتلک الجمله لا يدلّ على اختصاص الحكم بباب الجنايات مع اطلاق سائرها و عن الثّانيه بانّ اخذ اللّفظين عنوانا فى باب الجنايات لا يدلّ على اختصاص هذا الحكم ببابها و لا اشعار فى نفس الصّحيحه بل و غيرها بالاختصاص بالجنايات و لذا تمسّک بها الشّيخ و الحلّى كما فى المتن و عن الثّالثه بما ذكرناه فى دفع هذه المناقشه فى حديث رفع القلم

[استظهار البطلان من حديث رفع القلم]

قوله (بل يمكن بملاحظه بعض ما ورد)

ما يستظهره فى معنى حديث رفع القلم من الرّوايه هو ما قدّمنا استظهاره من نفس الحديث و الفرق انّ ما اخترناه فى معناه هو كون المرفوع ما جرى عليه القلم من الاحكام مط و هذا كنايه عن انّ الفعل القصدىّ من الصبى كالعدم و ما استظهره هو كون المرفوع المؤاخذه عنه شرعا من حيث العقوبه الاخرويّه و الدنيويّه و عدم ترتّب شى ء على فعله القصدىّ و لا يخفى انّه قدّس سرّه جمع بين ان يكون الغرض من رفع القلم رفع المؤاخذه و رفع الآثار المترتّبه على افعاله القصديّه مط و هو فى غايه الاشكال اذ لو فهمنا من رفع القلم رفع المؤاخذه الشّرعيّه فلا منافاه بينه و بين ترتّب الآثار على افعاله من عقوده و ايقاعاته و لو فهمنا منه عدم ترتّب الآثار على افعاله فليس هذا الّا كون المرفوع جرى الاحكام عليه و مضيّها فى حقّه بالالتزام بافعاله و اين هذا من رفع المؤاخذه بمعنى العقوبه فلا وجه لتعميم المؤاخذه للعقوبه و الآثار الدنيويّه

قوله (فانّ ذكر رفع القلم فى الذّيل)

فيه انّه لا وجه للتّرديد بين العليّه و المعلوليّه اذ لو كان المراد من رفع القلم رفع المؤاخذه الخاصّه و هى العقوبه فرفع القلم و الحكم بكون الديه على العاقله لا على الصبى معلولان لعلّه واحده و هى انّ عمده خطاء اى اذا ثبت انّ فعله العمدى كالفعل

الخطـائی فلاـ دیه علیه و لاـ مؤاخـذه و لو کـان المراد منه رفع مطلق الآثار دنیویّه کانت او اخرویّه بان اریـد من المؤاخـذه مطلق الآثار

يكون رفع القلم علّه لاصل الحكم و هو ثبوت الديه على العاقله و على كلّ من التّقديرين لا محيص عمّا ذكر و التّرديد لا وجه له

[لا فرق فى معامله الصبى بين الأشياء اليسيره و الخطيره]

قوله (ثمّ انّه ظهر ممّا ذكرنا انّه لا فرق فى معامله الصبى)

اراد تحقيق الحال فيما يرى من السّيره الجاريه فى جميع البلدان على المعامله مع الصّبيان و بيان ما قيل او يمكن ان يقال فى ذلك و ما ذكره وجوه الاوّل ما عن جدّى الامىّ المحدّث الكاشانى ره من انّ السّيره جاريه فى الاشياء اليسيره و لا مانع من تخصيص عموم عدم الصحّه بها فيها الثّانى ما فى الجواهر من انّ هذه السّيره جاريه فى غير المبالين باحكام الدّين فلا عبره بها الثّالث ما عن الرّياض من الصحّه فيما كان الصبى بمنزله الآله لمن له اهليّه التصرّف فالمنشئ للمعامله هو الولىّ و المشترى و الصبى واسطه فى اقباض المالين و ايصالهما الى المالكين الرّابع ما عن كشف الغطاء احتماله و هو انّ المعامله فى الحقيقه ليست واقعه بين الصبى و المشترى بل بينه و بين الولىّ فيكون القابض من الصبى موجبا وكاله من طرف الولىّ و قابلا من طرف نفسه الخامس الاكتفاء فى المعامله بوصول كلّ من العوضين الى الاخر مع رضا الطّرفين حتّى لو فرضنا انّه حصل مال كلّ منهما عند صاحبه باتّفاق كاطاره الرّيح و نحوها فتراضيا على التصرّف باخبار صبىّ او بغيره من الامارات كالكتابه و نحوها كان معامله على وجه المعاطاه فجلوس الصبى من حيث انّه كاشف عن رضا الولىّ يكفى فى الصحّه و لقد اجاد الكلام فى توضيح الوجوه المذكوره و اتى فى الجواب عنها بما لا مزيد عليه و هنا وجه سادس ذكره فى الحاشيه التّقريريّه و هذا لفظها و ثالثها الاكتفاء فى المعامله بوصول كلّ من المالين الى مالك الاخر مع رضا الطّرفين و قد تقدّم فى المعاطاه ما يدلّ على صحّه ذلك فانّه امّا من مصاديقها بناء على عدم اعتبار التّعاطى فيها و امّا انّه ملحق بها حكما بناء على ما تقدّم من انّ المعاطاه انّما تدلّ على التّسليط المالكى فلو إنشاء التّسليط عن المالك بعوض معيّن فكلّ من اقدم على اعطاء العوض فهو مسلّط على المعوّض فانّه لا يعتبر فى حقيقه التّسليط تعيين المباح له كما فى نثار العرس و لا الموالاه بين الايجاب و القبول فهذا لو كان داخلا فى عنوان العقود فيدلّ على صحّتها عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لو لم يكن داخلا فيكفى فى صحّتها السّيره الجاريه بين المتديّنين نعم لا بدّ من الاكتفاء بما هو المتيقّن من جريان سيره المتديّنين عليه و هو المعامله الّتى لا تحتاج الى المساومه بل كانت قيمه العين معيّنه فى الخارج بحيث كان الصبى آله صرفه و واسطه فى الايصال انتهى و الاقرب الى الذّهن انّ المعامله مع الصبى من باب إباحه المال بالعوض سواء كان الصّادر من ولىّ الصبى الاباحه بالعوض و من المشترى التّمليك أم كان الصّادر من كلّ منهما الاباحه بإزاء إباحه الاخر و قد سبق فى المتن فى اخر الامر الرّابع من تنبيهات

المعاطاه انّ هذا النّحو من الاباحه المعوّضه ليست معاوضه ماليّه و من المعاوضات المعهوده الّا ان يكون نوعا من الصّلح و لو كانت معامله مستقلّه كفى فيها عموم النّاس مسلّطون و المؤمنون عند شروطهم انتهى ما سبق فى المتن ملخّصا و المختار انّ هذا النّحو من الاباحه ليس صلحا و ان لم يشترط فى عنوان الصّلح لفظه و ذلك لانّ عنوان الصّلح انّما يصدق فى مقام التّسالم على امر فلو تسالم المتنازعان على امر فقال احدهما لك ما كان فى مكان كذا ولى ما فى مكان كذا و قال الاخر قبلت صدق عليه عنوان الصّلح و امّا مجرّد الاتّفاق على امر فصدق عنوان الصّلح عليه محلّ نظر بل الظّاهر انّه معامله مستقلّه و لا ريب فى صحّه هذا النّوع من المعامله لما اشار إليه المصنّف من الدّليلين و قد سبق أيضا فى المتن فى الامر الثّانى من التّنبيهات انّه ربما يدّعى انعقاد المعاطاه بمجرّد ايصال الثّمن و اخذ المثمن من غير صدق اعطاء اصلا فضلا عن التّعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبه السّقاء و وضع الفلس فى المكان المعدّ له و كذا غير الماء من المحقّرات كالخضرويّات و نحوها و من هذا القبيل دخول الحمّام و وضع الاجره مع غيبه صاحب الحمّام و اشرنا فى الحاشيه الى انّ الانصاف كون هذا من باب الرّضا لا من باب المعاطاه و البيع فعوض ماء السّقاء و ما بعده من الامثله و المعامله مع الصبى من باب واحد و هو الرّضا و الاباحه المعوّضه سواء قصد دافع العوض الاباحه أيضا أم التّمليک و لا مساس لجميعها بباب المعاطاه من دون فرق بين افادتها للاباحه او التّمليک و توضيح ذلک انّ الاباحه ليست الّا بمعنى التّسليط المالكى و التّسليط قد يكون مجّانيا و قد يكون بعوض و العوض قد يكون واقعيّا و قد يكون بالمسمّى و التّسليط المجّانى كنثار العرس و التّسليط بالعوض الواقعى كاستيفاء مال او عمل من دون تعيين عوض كقوله الق متاعک فى البحر و علىّ ضمانه و بالعوض المسمّى كقوله الق و علىّ عشره ففى جميع هذه الموارد الانشاء الصّادر أوّلا من احدهما إنشاء تسليطى لا تمليكى و الانشاء التّسليطى لا يقتضى تعيين من يسلّطه على المباح له كما فى نثار العرس و لا الموالاه بين الايجاب و القبول فانّ اعتبارها انّما هو فى العقود التّمليكيّه و يكفى فى صحّه هذا النّحو من الاباحه و التّسليط و لو بعوض مضافا الى ما مرّ من الدّليلين السّيره الجاريه بين المتديّنين و فى المقام يصدر الانشاء التّسليطى من الولىّ و الصبى واسطه فى الايصال نحو ايصاله الهديّه و القبول يصدر من الطّرف الاخر و لا محذور فانّ الصبى بمنزله الآله و لاجل هذا يكون بناء المتديّنين فى هذه المقامات على المعامله فيما كانت القيمه و العوض مضبوطه معيّنه او كانت مختلفه بما يتسامح فيه فهذا النّحو من المعامله ليس الّا تسليطا مشتملا على الرّضا من الطّرفين و وصول كلّ من العوضين الى الاخر ثمّ انّ الفاضل المقرّر طاب ثراه ان اراد ما ذكرناه كما هو الظّاهر

فهو حسن وجيه و ان اراد غيره فلم نحصّله

[مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفّظان به.]

قوله (كما فى الامر الصّورى فهو شبيه الكذب فى الاخبار)

من الظّاهر انّ المعنى الخبرى أيضا لا يتحقّق الّا بامور ثلاثه الاوّل القصد الى اللّفظ فيخرج اللّفظ الصّادر عن الغالط و النّائم الثّانى القصد الى معنى اللّفظ و مدلوله الخبرى اى يكون قاصدا الالقاء المعنى على وجه الحكايه عن الخارج فيخرج ما لا يقصد من اللّفظ معنى اصلا او قصد معنى يغاير الحكايه كالانشاء مثلا الثّالث تحقّق قصد الحكايه على وجه الحقيقه بان يكون الدّاعى له على استعمال اللّفظ فى المعنى و القاء الجمله الخبريّه هو قصد الحكايه واقعا فيخرج الهازل و فى الخبر امر رابع و هو مطابقه المدلول لموطنه من ذهن او خارج فالكذب خارج عن الاخبار الّتى تطابق واقعها و بعد التأمّل فى شرائط تحقّق الخبر و شرائط تحقّق مفهوم العقد و مطلق الكلام الانشائى يظهر امور منها انّ الانشاء ليس له موطن من ذهن او خارج وراء تحقّق مدلوله الانشائى حتّى ينقسم كالخبر الى الصّدق و الكذب باعتبار مطابقه مدلوله له و عدمها و منها انّ الصّدق و الكذب فى الخبر امر خارج عن مدلول الخبر و عن اختيار المخبر و منها انّ الامر الصّورى ليس شبيها بالكذب و ليس فى الانشاء من قبيل الكذب فى الاخبار بل هو شبيه الهازل و المستهزئ ثمّ اعلم انّ بعض الجمل التّركيبيّه يختصّ بالانشاء كصيغه الامر و النّهى و بعضها يختصّ بالاخبار كالجمل الاسميّه المصدّره بالاعلام كزيد قائم و بعضها يشترك بينهما كالفعل الماضى و المضارع و الاسماء المصدّره بلا و ليس و المصدّره بالرّفع و الوضع و المصدّره بالضّمائر و الاشاره كهذا حرّ و هى طالق و تعيين الاخبار و الانشاء فى المشترك و انّ المتكلّم هل هو فى مقام ايجاد المادّه بالهيئه او فى مقام الحكايه بدلاله السّياق و قرينه الحال لا بدلاله لفظيّه

[مسأله و من شرائط المتعاقدين: الاختيار]

قوله (لا مع التمكّن بغيرها فافهم)

لعلّه إشاره الى انّ المعيار فى وقوع الضّرر لو كان هو اعتقاد المكره بالكسر لامتناع المكره لزم منه صدق الاكراه أيضا فى بعض صور التفصّى بغير التّوريه و ذلك كما لو اكرهه على شرب الخمر و تمكّن من التفصّى بان يهريقه على وجه لا يطّلع عليه و يعتقد انّه شربه او يقرّبه من فمه من دون ان يشربه كذلك و لو اغمضنا عن ذلك و فرضنا الفرق بين اطّلاعه على الامتناع بالتّوريه و اطّلاعه على الامتناع بغيرها بايقاعه فى الضّرر فى الاوّل فيصدق الاكراه و عدمه فى الثّانى فلا يصدق فلا يثمر هذا الفرق لانّ الحاصل ح هو التخلّص عن الضّرر فى صوره التمكّن من التفصّى بغير التّوريه و عدم التخلّص منه فى صوره التمكّن من التفصّى بها و مجرّد هذا لا يكون فارقا لانّ المدار فى صدق الاكراه هو قصد وقوع المضمون لا عن طيب نفس و من يمكنه التفصّى فقصده لوقوع المضمون يكون لا محاله عن طيب نفس من دون

فرق بين امكان التفصّى بالتّوريه و غيرها

[مسأله و من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالِكَين أو مأذونَين من المالك أو الشارع.]

[الكلام فى عقد الفضولى]

اشاره

قوله (فالمهمّ التعرّض لمسأله عقد الفضولى

الفضل لغه بمعنى الزّياده و الجمع فضول و يقال فضولى للمشتغل بما لا يعنيه تنزيلا للجمع بمنزله المفرد فكانّ الجمع جعل علما على نوع من الكلام و هو ما لا خير فيه و لاجل التّنزيل المذكور يقال فضوليّ و الّا فالقياس ردّ الجمع الى المفرد فى حال النّسبه و ممّا ذكرنا تعلم انّ وصف العقد به تسامح لانّ العقد فضول و العاقد فضولى

[اختلف الأصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى]

قوله (كما ذكره الشّهيد هو الكامل الغير المالك للتصرّف)

و هذا اخصّ من التّعريف الثّانى لخروج الصّغير و المجنون عن تعريف الشّهيد بقيد الكمال بخلاف الثّانى حيث انّه يشملهما و الاوّل احسن فانّ عدم تأثير العقد الصّادر من العاقد ان كان من جهه وجود مانع عن ذلك كعدم كونه مالكا او ثبوت ولايه او حقّ للغير عليه او فى ماله كالامثله الّتى ذكرها فى المتن فهو محطّ بحثهم فى مسئله الفضولى و امّا ان كان من جهه عدم المقتضى للتّأثير من حيث عدم اهليّه العاقد فهو خارج عن المسأله عندهم و لو عقد السّفيه ففى كونه من الفضولى أم لا وجهان و المشهور الاوّل

قوله (لعموم وجوب الوفاء بالعقود)

و الصّواب عدم كفايه رضا المالك باطنا المقرون بالعقد من دون وجود كاشف لما مرّ الاشاره إليه من انّ المناط فى اللّزوم و دخول عقد فى عمومات وجوب الوفاء بالعقود و التّجاره عن تراض و احلّ اللّه البيع هو صحّه نسبه العقد الى المالك و ان شئت قلت انّ اعتبار الاذن بالقول او بالفعل الدالّ عليه ليس من باب الكشف عن الرّضا بل انّما هو بعنوان السببيه و به يصحّ نسبه العقد و اسناده إليه و الرّضا الغير المنكشف بقول او فعل لا يكفى فى تحقّق النّسبه فلا يشمله العمومات و الاطلاقات و للنّظر فيما ذكره من الوجوه مجال واسع امّا قوله (ع) لا يحلّ مال امرئ مسلم الّا عن طيب نفسه ففيه أوّلا انّ ظاهر الحليّه هو الحليّه التّكليفيه فيكون المراد انّ التقلّبات الفعليّه فى مال الغير حرام الّا بطيب نفسه و اين هذا من الحكم الوضعىّ المبحوث عنه فى المقام و ثانيا على تقدير شموله للحكم الوضعىّ فهو مسوق لاعتبار رضا المالك و طيب نفسه فى الصحّه لا لبيان انّ طيب النّفس كاف فيها و

هو واضح و امّا سكوت المولى مع العلم بتزويج عبده حيث دلّت الرّوايه المعتبره المستفيضه على صحّته ففيه أوّلا ما سيشير إليه المصنّف من انّ مناط المنع فى الاخبار هو مانعيّه معصيه السيّد عن نفوذ العقد بسبب مزاحمته لحقوقه و يرتفع المعصيه بالرّضا و طيب نفسه المحرز بسكوته و ليس ذلك من باب الاجازه و ان عبّر بها لنفوذ العقد مع رضا السيّد و لا يحتاج الى حصول كاشف وجوديّ من حيث عدم استقلال العبد فى التصرّف فانّ

المتيقّن من عدم استقلاله هو فيما يزاحم حقوق السيّد و امّا مملوكيّه العبد و عدم صحّه تصرّفاته فيما لا يزاحم حقوقه فغير معلوم و ثانيا على تقدير عدم استقلال العبد فى التصرّف مط فمن المحتمل جدّا انّهم ارادوا من قولهم سكوت المولى اقرار منه السّكوت عن الردّ و الرّدع و السّكوت كذلك من حيث انّه كفّ كاشف وجوديّ عن الرّضا و ينزّل بمنزلته و لم يعلم انّهم ارادوا من السّكوت السّكوت المطلق الّذى هو اعمّ من الرّضا فقولهم فى المقام يكون من قبيل ما يق فى حجيّه السّيره و بناء العقلاء و التّقرير من انّ عدم الرّدع كاشف عن الامضاء و التّقرير و امّا قضيّته عروه فعلمه برضا النّبى (ص) يجوّز حلّيه التصرّف فى ماله (ص) كما فى سائر التصرّفات الواقعه فى مال الغير و ليس التصرّف فى العوض و المعوّض بالقبض و الاقباض متفرّعا على امضاء المعامله حتّى يكون كاشفا عن نفوذها المتوقّف على الاجازه و عن خروجها عن الفضوليّه بمجرّد علمه بالرّضا فرضا النّبى (ص) المحرز بالعلم يكفى فى حليّه التصرّف و لا يكفى فى تحقّق ماهيّه الاجازه هذا مضافا الى قيام احتمال كون عروه وكيلا مفوّضا و امّا قولهم فى الاستدلال على الصحّه انّ الشّرائط كلّها حاصله الّا رضا المالك فهو وارد لبيان لزوم حصول الرّضا و انّ العقد لا يتمّ الّا به و امّا حيثيّه حصوله و كيفيّه ذلك فكلامهم مهمل من هذه الجهه هذا مضافا الى انّ الظّاهر ارادتهم معنى الاختيار من لفظ الرّضا كما هو الشّائع كثيرا و هو المراد أيضا من قولهم الاجازه لا يكفى فيها السّكوت لانّه اعمّ من الرّضا

قوله و قولهم انّ الاجازه لا يكفى فيها السّكوت)

فمنه يستظهر انّ الرّضا عندهم كاف فى الاجازه و الخروج عن عنوان الفضولى اذ لو كان حصول العقد مع تحقّق رضا المالك للتصرّف باطنا و طيب نفسه بالعقد من دون حصول كاشف وجوديّ و اذن منه صريحا او فحوى من الفضولى لم يكن وجه للتّعليل المذكور و كان المناسب ح ان يعلّلوا لعدم كفايه السّكوت بعدم وجود أماره من اذن صريح او فحوى و فيه مضافا الى إراده الاختيار من لفظ الرّضا ما تسمعه فى بحث الاجازه

قوله و نحو ذلك)

كتصريح جماعه بانّه لو رضى المكره بما فعله صحّ فانّه يدلّ على كفايه الرّضا فى اللّزوم و انّه لو قال لعبده طلّق كان اجازه منه لنكاح العبد و الجواب عن الاوّل بانّ الكلام فى الفضولى انّما هو فى اجازه المالك للعقد الواقع عن غيره المنفيّ فيه الملكيّه و اين هذا من الكلام فى العقد الواقع عن المالك المنفيّ فيه الرّضا و المانع فى كلّ منهما غير ما هو فى الاخر و عن الثّانى بما عرفت من انّ رضا السّيّد بنكاح العبد ليس من باب الاجازه حتّى يحتاج الى كاشف وجوديّ مضافا الى امكان ان يق انّ الكاشف الّذى لا بدّ منه فى الاجازه لا يشترط فيه لفظ خاصّ و الامر بالطّلاق من حيث انّه لا يتمّ الّا بصحّه النّكاح يكون لفظا دالّا على الرّضا بالنّكاح فالكاشف موجود بدلاله الاقتضاء

عقیب العقد و لیس من باب مجرّد الرّضا الباطنی

[صور بیع الفضولی]

اشاره

قوله (تبعا للشّهید فی س بصحیحه محمّد بن قیس)

و تقریب الاستدلال بها کما ستعرفه من وجهین الاوّل قول امیر المؤمنین (ع) فی معالجه فکّ الولد خذ ابنه حتّی ینفذ البیع لک الثّانی قول الباقر (ع) فی مقام الحکایه فلمّا رای ذلک سیّد الولیده اجاز بیع ابنه و الصّحیحه و ان اشتملت علی تأثیر الاجازه المسبوقه بالرّدّ و هو خلاف الاجماع الّا انّه یؤوّل ما یظهر منه الرّدّ و یصرف عن ظاهره بالحمل علی التردّد دون الرّدّ بقرینه الجملتین المشار إلیهما و حملهما علی تجدید المعامله فی غایه البعد و لو فرض المناقشه فی هذا التّأویل سقط الاستدلال بها من جهه الاجازه الشّخصیّه بالتعدّی الی غیر موردها للاجماع المشار إلیه و لزم القول بکونها وارده فی قضیّه شخصیّه لم یعلم وجهها و لعلّها کانت محفوفه بقرائن حالیّه او مقالیّه کما لا یبعد حملها علی صوره علم امیر المؤمنین (ع) بکذب سیّد الولیده فی دعواه عدم الاذن لابنه فاراد تنفیذ المعامله و وصول المشتری الی حقّه مع رعایته (ع) موازین القضاء و لکن سقوط الاستدلال من هذه الجهه لا ینافی تمامیّته من الجهه الّتی ذکرنا فانّ المستفاد من الجملتین هو تأثیر اجازه المالک فی العقد الواقع علی ملکه فضولا و لو فی الجمله و فی غیر المورد و لو اجاز السیّد فان کان ثمن الولیده شخصیّا کان له الرّجوع بثمنها علی کلّ من البائع و المشتری و ان کان کلیّا فان اجاز قبض ابنه رجع بالثّمن علیه و مع العدم رجع علی المشتری و علی الکشف لم یستحقّ السیّد بعد الاجازه قیمه الولد علی ابیه المشتری بخلاف النّقل

[الاولی أن یبیع للمالک مع عدم سبق منعٍ من المالک،]

[المشهور الصحه]

اشاره

قوله (و یمکن ان یکون الوجه فی ذلک انّ ابطال النّکاح الخ)

و یضعّفه انّ الحکم بابقاء النّکاح و صحّته لیس من الاحتیاط فی شی ء حتّی یکون ذلک هو الوجه له لوضوح انّ مقتضی الاحتیاط فی الفروج عند الاشتباه امّا تجدید العقد و امّا الاجازه لوقوع العقد فضولیّا علی تقدیر الانعزال و امّا الطّلاق هذا مضافا الی انّ الاحتیاط المذکور لاجل ارتکاب اقلّ القبیحین یقتضی فی طلاق الوکیل المدّعی عزله عکس ما فی تزویجه و لا یبعد التّوجیه بانّ الامام علیه السّلام حیث کان فی مقام الرّدّ علیهم جری علی مسلکهم و جعل مقتضی الاحتیاط فی النّکاح ابقائه

[ما يؤيد لصحه بيع الفضولى]

[ما ورد فى المضاربه]

قوله (كان فيها استيناس لحكم المسأله)

قد يقال انّ على الفرض المذكور من عدم التوقّف على الاجازه للتعبّد عملا بالنصّ لا ربط لها بمسأله الفضولى حتّى يستأنس لحكمها و اين سقوط الاذن و الاجازه من المالك فى مورد تعبّدا من الفضولى الّذى يلزمه الرّضا و الاجازه عند القائل بصحّته و هو خلاف الانصاف فانّ المصنف يرى من الحكم بصحّه المعامله المذكوره و عدم اعتبار اذن المالك فى نقل ماله شيئا من التّاييد و

لکنّ الاولی هو الحمل علی صوره رضا المالک بالمعامله بعد ظهور الرّبح فانّ الحمل علی صوره عدم الاجازه و سقوط اعتبار الاذن حمل علی غیر الغالب و هنا وجه اخر و هو دعوی انّ حقیقه المضاربه و المقصود منها هو الاسترباح بالمال بایّ نحو کان و لا- خصوصیّه فی شرط الاسترباح بعین خاصّه الّا التحفّظ عن الخسران و اشتراط المعامله علی نحو خاصّ لا یمنع عن صحّه معاملات العامل و انّما فائده الشّرط هو ضمان العامل فی صوره التخلّف و علی هذا فالموثّقه موافقه لنصوص المضاربه و قواعدها من حیث اعتبار الاذن الکلّی بالاسترباح و الحاصل انّ الرّوایه تحتمل وجوها الاوّل ما نسب الی ظاهر الاصحاب من التعبّد بظاهرها و الاقتصار علی موردها الثّانی الحمل علی الفضولی و صوره رضا المالک بالمعامله بعد ظهور الرّبح الثّالث موافقتها لقواعد المضاربه و علی الاوّل ففیها تأیید و استیناس لصحّه الفضولی و علی الثّانی تکون دلیلا علی صحّتها و علی الثّالث فلا تکون فیها دلاله و لا استیناس لحکم مسئله الفضولی

[ما ورد فی اتجار غیر الولی فی مال الیتیم]

قوله (لاحقه للمعامله فتأمّل)

وجهه واضح و هو انّ هذه الاجازه تخالف المصطلح علیها من وجهین الاوّل انّه عباره عن الاجازه المالکیّه و هذه اجازه إلهیّه و الثّانی انّه عباره عن الرّضا المتاخّر و هذه حکم شرعیّ بصحّه المعامله

[روایه ابن أشیم]

قوله (بروایه ابن اشیم الوارده فی العبد المأذون)

عن ابی جعفر (ع) قال له عبد لقوم مأذون له فی التّجاره دفع إلیه رجل الف درهم فقال اشتر بها نسمه و اعتقها عنّی و حجّ عنّی بالباقی ثمّ مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشتری اباه و اعتقه عن المیّت و دفع إلیه الباقی لیحجّ عن المیّت فحجّ عنه و بلغ ذلک موالی ابیه و موالیه و ورثه المیّت جمیعا فاختصموا جمیعا فی الألف فقال موالی العبد المعتق انّما اشتریت اباک بما لنا و قال الورثه انّما اشتریت اباک بما لنا و قال موالی العبد انّما اشتریت اباک بما لنا فقال ابو جعفر (ع) امّا الحجّه فقد مضت بما فیها لا- تردّ و امّا المعتق فهو ردّ فی الرقّ لموالی ابیه و ایّ الفریقین بعد اقاموا البیّنه علی انّه اشتری اباه من اموالهم کان لهم رقّا الخبر لا اشکال ظاهرا فی انّ موالی الأب مدّعون للفساد و امّا غیرهم من الفریقین فالرّوایه تحتمل وجوها الاوّل وقوع الشّراء فضولیّا امّا بالنّسبه الی ورثه الدّافع فبناء علی کون الدّفع منه بعنوان الوکاله و حیث کان وقوع الاشتراء بعد موته فهو فی زمان بطلان الوکاله و انتقال المال الی الوارث و امّا بالنّسبه الی مولی المأذون فبناء علی ظهور الاذن فی التّجاره بما فیها الاسترباح فیکون شراء العبد بمال مولاه تصرّفا فیه بغیر اذنه و اذا کان الاذن واقعا بمطلق التکسّب الشّامل للاسترباح و غیره کان الفضولی مختصّا بورثه الدّافع و علی الفضولیّه فالرّوایه ظاهره فی الصحّه بناء علی انّه لو لا کفایه الاشتراء بعین المال فی تملّک المبیع

بعد المطالبه المتضمّنه لاجازه البیع لم یکن مجرّد دعوی الشّراء بالمال و لا اقامه البیّنه علیها کافیه فی تملّک المبیع و قد یقال باحتمال ان یکون ادّعاء کلّ واحد من حیث انّه اشتری العبد بما له لغیره فیکون من الفضولی کشراء الغاصب بمال الغیر لنفسه الثّانی خروج الدّعوی عن الفضولی امّا بالنّسبه الی موالی المأذون فباحتمال اقتران دعواهم بالاذن فی شراء العبد او باحتمال شمول اذنهم للتّجاره لشراء العبد فیرجع الی الاوّل و امّا بالنّسبه الی ورثه الدّافع فباحتمال ادّعائهم الاذن منهم فی ذلک الثّالث کون دفع الألف علی وجه الوصیّه و ورثه الدّافع لا ینکرونها و یدّعون وقوع الشّراء بالالف و هذا الاحتمال منقول عن الجواهر و یؤکّده قوله (ع) امّا الحجّه فقد مضت بما فیها لا تردّ و قد یتوّهم انّ هذا الاحتمال یأباه صریح ذیل الخبر من قوله (ع) و ایّ الفریقین بعد اقاموا البیّنه علی انّه اشتری اباه من اموالهم کان لهم رقّا مضافا الی انّه لا یتوجّه الدّعوی ح منهم بذلک لعدم المدخلیّه لهم فیه ح و یدفعه انّ علی هذا التّقدیر یکون المراد من ذیل الخبر انّ ورثه الدّافع لو اقاموا البیّنه کان لهم رقّا باعتبار قبل العتق و فی قبال الدّعوی الاخری لا انّه یکون لهم رقّا فی الحال و یکون توجّه الدّعوی منهم باعتبار انّ ولاء العتق لهم و لاجل هذه الاحتمالات المذکوره لم یصحّ الاستدلال بالرّوایه علی صحّه الفضولی الّا ان یتمسّک بترک الاستفصال و الرّوایه و ان کانت مشهوره من حیث الرّوایه و لکن اعرض عنها المشهور من حیث الفتوی نعم حکی عن الشّیخ فی یه و القاضی العمل بها و وجه الاعراض انّها ضعیفه السّند لجهاله الرّاوی او غلوّه و ان سبق علی ابن اشیم ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع ثمّ انّ جماعه ذکروا فی مخالفتها للقواعد وجوها الاوّل اشتمالها علی صحّه تصرّف المأذون بالتّجاره فی غیر ما اذن له الثّانی صحّه استیجار ابیه للحجّ مع ظهور الامر فی انّ یحجّ عنه بنفسه الثّالث صحّه حجّ العبد مع کونه رقّا بغیر اذن سیّده الرّابع تقدیم قول مولی الأب المدّعی لفساد البیع علی المدّعین للصحّه من مولی المأذون و ورثه الدّافع مع انّ الوجه حکومه اصاله الصحّه علی استصحاب الفساد الخامس عدم تقدیم قول ذی الید و هو مولی المأذون و تقدیم قول مولی الأب علی قوله مع کونه خارجا السّادس عود العبد رقّا الی مولاه مع اعترافه بالبیع و ان ادّعی فساده و یجاب عن الاوّل بانّه مبنیّ علی عدم الاذن فی شراء العبد و تخصیص الاذن فی التّجاره بما فیه الاسترباح و هذا غیر معلوم و من المحتمل تحقّق الاذن فی شراء العبد و عن الثّانی بانّ ظهور الامر بالحجّ فی مورد الرّوایه فی اشتراط المباشره ممنوع جدّا سواء کان دفع الألف الی العبد المأذون للشّراء بعنوان الوکاله او الوصیّه نعم من استوجر لعباده فظاهر الاطلاق یقتضی المباشره و عن الثّالث بانّ مضیّ الحجّه لا دلاله فیه علی

وقوعها من الأب بغير اذن من مواليه و ذلک واضح و عن الرّابع بانّ اصاله الصحّه تکون حاکمه علی خصوص الاصل الّذی یقتضی فساد العقد من حیث الشّرائط الرّاجعه الی تأثیره من العربیّه و الماضویّه و نحو ذلک فلو کان الشّک فی تأثیر السّبب و کونه واجدا للشّرائط کان الاصل فیه الصحّه و امّا لو کان الشّک فی الصحّه و الفساد من جهه الشّک فی شرائط المتعاقدین او شرائط العوضین فلا تجری فیه اصاله الصحّه و فی المقام یکون الشّک راجعا الی شرائط العوضین لاحتمال شراء المأذون عبد شخص بمال هذا الشّخص و الأصل الموضوعی و هو اصاله عدم قابلیّه المال للنّقل و الانتقال یقتضی الفساد و لا یجری اصاله الصحّه فی مثله و انّما تکون حاکمه علی خصوص اصاله عدم النّقل و الانتقال و بقاء الملک علی مالکه و لو سلّم حکومتها علی جمیع الاصول الموضوعیّه المقتضیه لفساد العقد فعدم جریانها فی المقام من حیث انّه فی دعوی ورثه الدّافع معارض بجریانها فی دعوی موالی العبد المأذون و مع الغضّ عن جمیع ذلک فلا یبعد ان یکون مقصود موالی العبد من قولهم انّما اشتریت اباک بما لنا هو انکار البیع من اصله و المرجع ح هو اصاله بقاء الملک علی مالکه و قد عرفت انّ کونه رقّا لهم لا ینافی مضیّ الحجّه فانّ انکارهم للشّراء لا یلازم عدم الاذن منهم فی فعل الحجّ و عن الخامس بانّ کون مولی المأذون ذا ید علی عبده لا یلازم کونه ذا ید علی المال الّذی اختصموا فیه نعم لو کان اذنه مختصّا بالتّجاره لنفسه کان ملازما له و امّا الوجه السّادس فالظّاهر تمامیّته لانّ المأذون ان کان مأذونا بالتّجاره و غیرها لمولاه و لغیره نفذ اقراره فی عمله فان وقع عتقه فی حیاه الدّافع صحّ عتقه و ان وقع بعد موته کان الاشتراء بمال ورثه الدّافع و کان المعتق رقّا لهم و ان کان مأذونا فی التّجاره لمولاه فقط قدّم قول مولاه و یکون المعتق رقّا لمولی المأذون حتّی تقوم البیّنه علی خلافه لکونه ذا ید علی عبده و هو یلازم ثبوت الید علی المال الّذی اختصموا فیه و علی ایّ تقدیر فلا وجه لعود المعتق رقّا لموالی ابیه و کیف کان فالرّوایه من حیث انّها ذات وجوه لا تصلح للاستدلال بها و لو فرض سلامتها من الضّعف و مخالفه القاعده

[موثقه عبد اللّه]

قوله (و یحتمل ان یکون لصاحب الورق باذنه)

و المناسب ح و ان کان هو التّعبیر عن الردّ بالفسخ الّا انّه قد شاع التّعبیر بالردّ کنایه فی مقام الفسخ

[احتجاج المبطلین للعقد الفضولی بالأدله الأربعه]

[أمّا الکتاب، الاستدلال بآیه التجاره عن تراض]

قوله (لانقطاع الاستثناء کما هو ظاهر اللّفظ)

و یکون الآیه ح متکفّله لبیان حکم سلبیّ و هو عدم اکل الاموال بالباطل و حکم ایجابی لموضوع اخر و هو جواز اکلها مع التّجاره و لیس موضوع الحکم الثّانی من افراد الموضوع فی الاوّل و هو الاکل بالباطل حتّی یکون استثناء حقیقیّا و خروجا

حكميّا و يكون مفيد الحصر سببيّه الحلّ فى التّجاره عن تراض ثمّ انّه على فرض دلاله الآيه على الحصر فهو لا يفيد المستدلّ لانّ حصر حلّ الأكل بالتّجاره عن تراض لا يلازم بطلان الفضولى و ذلك لانّ المراد من التّجاره

على ما هو الظّاهر منها ليس هو العقد و لا التكسّب مط بايّ وجه اتّفق بل المراد منها كنايه و ان كانت معناها التكسّب امّا السّبب النّاقل و هو فى الفضولى انّما يتمّ بلحوق الاجازه كشفا او نقلا و قبلها لا تجاره اصلا لا انّه تجاره لا عن تراض او المسبّب و هذا هو المقصود من عباره المتن حيث يقول فيما يأتى مع انّ الخطاب لملّاك الاموال و التّجاره فى الفضولى انّما يصير تجاره المالك بعد الاجازه فتجارته عن تراض

قوله (مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائده اخرى)

قد يتوهّم فى المقام انّ القيد انّما ينزّل على الغالب اذا كان حكم المقيّد به و المجرّد عنه واحدا و من المعلوم انّ التّجاره المجرّده عن التّراضى رأسا الّذى هو من افراد مفهومها غير صحيح لانّه من الاكل بالباطل فيكون خروج الفرد من المفهوم المعلوم خروجه عن حكم المقيّد قرينه مؤكّده لاصاله الاحتراز فى القيد و فيه انّ هذا يصحّ لو كان المراد بالتّجاره هو التكسّب و يكون التّقييد مفيدا لبيان لزوم كون التّجاره مسبوقه بالتّراضى و كلام المصنّف من كون القيد واردا مورد الغالب ناظر الى كون المراد منها احد الوجهين الآخرين و عليه فبعد تسليم انّ سياق التّحديد موجب لثبوت مفهوم القيد لانّ الحدّ لا بدّ من ان يكون جامعا و مانعا فهو مخصوص بغير المقام ممّا يكون القيد واردا مورد الغالب فلا يفيد لزوم كون التّجاره مسبوقه بالتّراضى حتّى يكون الفضولى باطلا

[أمّا السنّه، فهى أخبار]

قوله (و لعلّه يناسب ما ذكرناه من كون الظّرف خبرا بعد خبر)

قد يقال انّ بناء على تواتر القراءات يصحّ الاستدلال بجميعها فمجرّد احتمال قراءه النّصب لا يمنع عن الاستدلال بقراءه الرّفع و فيه انّ بناء على قراءه الرّفع فقد ابطل صحّه الاستدلال بما عرفت من معنى التّجاره

قوله (و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب)

مضافا الى احتمال إراده نفى البيع عمّا لا يملك مبنيّا للمفعول و احتمال إراده البيع الّذى يترتّب عليه الآثار

قوله (انّما يتوجّه على القول بالنّقل حيث انّ)

الخ لا يق انّ المعاوضه ان لم تكن مقصوده فلا صحّه حتّى تؤثّر الاجازه فى عقدها لزوما فلا يجدى ح فى تملّك المجيز سبق العقد على التّسليط و ان كانت مقصوده لم يكن التّسليط للبائع مجّانا بل تسليط بعوض و مقتضاه جواز الاسترداد على تقدير الردّ حتّى على القول بالنّقل لانّا نقول المعاوضه تكون مقصوده و مع ذلك يكون الدّفع بعد تحقّق إنشاء المعاوضه مع العلم بعدم استحقاق القابض و كون المعاوضه ادّعائيه تسليطا مجّانيا هذا مع انّ ما نسب الى الاصحاب من انّه ليس للمشترى استرداد الثّمن مع ردّ المالك و بقائه فى غير محلّه فانّ القائل بهذا شاذّ و المعروف عندهم قولان الاوّل وجوب ردّ الثمن مع بقائه و ردّ بدله مع

تلفه تحقيقا لمعنى المعاوضه الثّانى وجوب ردّه مع

بقائه

[أما حكمها]

قوله (بل التزم به غير واحد من المعاصرين)

يحتمل العباره إراده ما ذكرنا فى الوجه الثّانى من الاحتمالين لكلام صاحب الجواهر و يحتمل قريبا انّه اراد من هذا الكلام ما تقدّم منه آنفا من كون الشّرط هو وصف التعقّب كما يدلّ عليه بعض العبائر الآتيه

قوله (النّماء فانّه على الكشف بقول مطلق)

اى على كلّ من وجوهه الثّلاثه و ما ذكره من كون النّماء المنفصل لمن انتقل إليه العين واضح على تقديرى الكشف الحقيقى و امّا على الكشف الحكمى فقد يحتمل الحاقه بالنّقل و كونه لمن انتقل عنه

قوله (عن احد المتبايعين بموته قبل اجازه الاخر)

هذه الثّمره محكيّه عن شارح القواعد و الظّاهر انّ جعل زوال قابليّه التملّك على وجه الاطلاق من ثمرات الكشف و النّقل فى غير محلّه و ان قلنا بعدم اعتبار استمرار القابليّه فانّ فى انسلاخ قابليّه التملّك عن احد المتبايعين بموته لم يظهر فرق بين الكشف و النّقل و ذلك لانّه ان مات الاصيل فامّا ان نقول بكفايه انشائه و عقده الصّادر منه لنقل ملكه معلّقا على اجازه الوارث و معها صار مأمورا بالوفاء بالعقد او نقول كما هو المختار بعدمها و ذلك لانّ الفضولى عندنا على خلاف القاعده و ادلّه الصحّه قاصره عن شمول امثال هذه الصّوره و على الاوّل تمّ البيع باجازه الفضولى و صحّ على الكشف و النّقل نعم على الكشف يدخل العوض فى ملك المورّث و ينتقل منه الى وارثه و على النّقل يدخل باجازتهما فى ملك الوارث و على الثّانى بطل على كلّ منهما و ان مات المالك الّذى له الاجازه من دون وقوعها منه فامّا ان نقول بانّها من الحقوق و تكون موروثه او نقول بانّها من الاحكام و لم تكن موروثه كما هو الظّاهر فامّا ان نقول ح باعتبار اتّحاد المالك من حين العقد الى حين الاجازه او نقول بعدم اعتبار ذلك و على الثّانى بطل من دون فرق بين الكشف و النّقل و على الاوّل و الثّالث صحّ من دون فرق بينهما

قوله (او غيره مع كون المبيع عبدا مسلما)

اعلم انّ المرتدّ عن فطره لا يملك شيئا مطلقا و المرتدّ عن ملّه لا يملك خصوص المصحف و العبد المسلم و لذلك اشترط فى صوره الارتداد بغير الفطرى ان يكون المبيع احدهما و لا يخفى انّ الثّمره بين الكشف و النّقل انّما هى مبتيّه على عدم ملكيّه الكافر لهما و امّا بناء على القول بصحّه بيع العبد المسلم و المصحف من الكافر و يجبر على البيع تصحّ الاجازه على القول بالنّقل أيضا و يجبر على البيع و فى مقابل المسأله لو اشترى كافرا ثمّ اسلم قبل الاجازه بطل على الكشف و على النّقل فلا يبعد الصحّه خلافا لظاهر المتن حيث يقول اخيرا من انّ تجدّد القابليّه بعد العقد حال الاجازه لا يصلح ثمره للمسأله لبطلان العقد ظاهرا على

القولين فانّ اسلام مشترى المسلم و المصحف بمقتضى دليل نفى السّبيل انّما يكون

شرطا فى حصول الملكيّه لا فى العقد نفسه

قوله (و كذا لو انسلخت قابليّه المنقول بتلف)

فيصحّ على الكشف لتموّل المنقول حين العقد و يبطل على النّقل لعدمه حين الاجازه و هذا انّما يتمّ فيما كان التّلف الواقع بعد العقد عقيب القبض أيضا مع تعلّق الاجازه بالقبض أيضا بناء على القول بانّ اجازه القبض تكشف عن صحّته حين وقوعه و به يخرج الدّافع عن الضّمان و الّا فبالتّلف و ما بحكمه يكون مندرجا فى قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع فلو كان التّالف قبل القبض هو المبيع فلا اشكال فى انفساخ العقد و لا فرق ح بين القول بالكشف او النّقل و لو كان هو الثّمن فان قلنا بانّ تلف الثّمن المعيّن و ابعاضه و اوصافه قبل القبض حكمه حكم تلف المبيع قبله و انّه فى ضمان المشترى لتساويهما فى اقتضاء العقد ذلك و بتلف كلّ منهما يتحقّق الانفساخ المسبّب عن عدم الوفاء بتمام مقتضى العقد و اقباض كلّ من المتبايعين شرط فى الخروج عن ضمان المعاوضه فكذلك لا فرق بين الكشف و النّقل نعم لو قلنا بانّ القبض ليس شرطا فى الخروج عن ضمان المعاوضه و الحكم المذكور فى المبيع على خلاف القاعده و يقتصر عليه فى مورد الدّليل و هو المبيع و لا يتعدّى الى غير البيع من المعاوضات و لا الى الثّمن فيه و كان الضّمان فيه قبل القبض بالمثل او القيمه دون المسمّى صحّ على الكشف دون النّقل

قوله (و ربما يقال بظهور الثّمره فى تعلّق الخيارات)

فلو باع معيبا حين العقد ثمّ زال العيب قبل الاجازه فعلى الكشف يثبت الخيار للمشترى لكونه معيبا حين العقد و ان زال فى ملكه على احد الوجهين فيه دون النّقل لكونه صحيحا عند الانتقال و لو انعكس بان باع صحيحا حين العقد فصار معيبا انعكس ثبوت الخيار و كذا الكلام فى خيار الغبن فانّ المدار فى ثبوته على الكشف او النّقل يختلف بحسب زمان زياده القيمه فى حال العقد او الاجازه و خيار المجلس على النّقل فى زمان الاجازه و على الكشف فى زمان العقد و فى الشّفعه يقال لو تبدّل الشّريک فى حال العقد بغيره فى حال الاجازه فالشّفعه للمشترى الفضولى على الكشف حيث انكشف تملّكه قبل تبدّل الشّريک و للشّريک الثّانى على النّقل و قد يقال بانّ الشّفعه على الكشف للشّريک الاوّل و على النّقل للشّريک الثّانى و هو ضعيف لانّ الاوّل حيث كان شريكا لم يأخذ بالشّفعه و لو لجهله بناء على الفوريه و فى احتساب مبدأ الخيار يحتسب مبدأ خيار الحيوان مثلا على الكشف من حين العقد بخلافه على النّقل و فى معرفه مجلس الصّرف و السّلم حتّى يلاحظ فى القبض المعتبر فيه هو مجلس العقد على الكشف

بخلافه على النّقل و فى الحاشيه التقريريّه لبحث الاستاد ره ما ملخّصه لا يبعد سقوط خيار المجلس فى المقام لانّ مجلس العقد لا اعتبار به و لو على الكشف و مجلس الاجازه أيضا لا اعتبار به لانّه ليس مجلس العقد فلو بقى المجلس الى زمان الاجازه فهو و الّا يصير مجلس العقد كمجلس الوكيلين فى اجراء الصّيغه و هكذا يشكل الامر فى مجلس الصّرف و السّلم فانّ القبض المعتبر فيهما لا- يمكن الالتزام باعتباره فى مجلس العقد و لو على القول بالكشف و لا باعتباره فى مجلس الاجازه و لو على النّقل ه و بمثله قال الفقيه السيّد الطّباطبائى ره فى حاشيته بعد بيان انّ المجلس الّذى يعتبر القبض فيه هو مجلس الاجازه على النّقل و هذا لفظه لكنّ الظّاهر عدم كفايه نفس مجلس الاجازه بل لا بدّ من بقاء مجلس العقد الى حين الاجازه ه و قد تبعا فى كلامهما هذا ما يأتى فى المتن فى خيار المجلس و هناك يتّضح لك إن شاء اللّه تعالى انّ الحقّ كون المدار فى خيار المجلس و فى القبض عقيب العقد فى الصّرف و السّلم على زمان الاجازه كشفا و نقلا من دون شرطيّه حضور المالكين فى الفضولى فى مجلس العقد و فى الايمان و النّذور المتعلّقه بمال البائع او المشترى فكما اذا حلف او نذر احدهما ان يتصدّق بربع ما يملكه فى يوم الجمعه مثلا- و لو وهب الفضولى فى اثناء السنه و اجاز المالك بعد انقضائها تظهر الثّمره فى تعلّق الخمس بالموهوب و عدمه فعلى الكشف لم يتعلّق به لانّه يعدّ من المئونه بخلافه على النّقل و لو باع زكويّا قبل تمام الحول و وقع الاجازه من المالك بعد الحول فعلى الكشف لا زكاه عليه بخلافه على النّقل

[أما شروطها]

قوله (و الظّاهر انّ الفعل الكاشف عرفا عن الرّضا)

هذا هو الصّواب نعم لا يكفى مجرّد الرّضا الباطنى من دون كاشف وجوديّ و اعتبار الاجازه بالقول او الفعل الدالّ عليه ليس من باب الكشف عن الرّضا بل انّما هو بعنوان السببيّه و به يصحّ نسبه العقد و اسناده إليه

قوله (و الدّليل عليه بعد ظهور الاجماع

الدّليل على اشتراط عدم سبق الردّ مضافا الى الاجماع هو ما ذكره أوّلا- من انّ مع الردّ ينفسخ العقد فانّ الردّ ابطال لما انشأه الفضولى و احدثه فلا يبقى بعده ما يلحقه الاجازه و ما استدلّ به من انّ الاجازه انّما يجعل المجيز احد طرفى العقد و الّا لم يكن مكلّفا بالوفاء بالعقد ان اراد منه عدم استناد العقد الى المالك بالاجازه لخروجه عن قابليّه الاستناد بلحوقها مع سبق الردّ فهذا نفس الدّعوى و لا- دافع لدعوى انّ المتحقّق هو عدم الاستناد حين الردّ لعدم وجود ما يقتضيه و هو الاجازه و اذا جاز صحّ الاستناد الّا ما ذكره أوّلا من انّ مع الردّ ينفسخ العقد و ان اراد انّ الاجازه مثل القبول فى جميع احكامه فستعرف الكلام عليه

قوله

فاجاز المالک بیع بعضها فالاقوی الجواز)

هذا بناء علی جریان الفضولی فی مسئله تبعّض الصّفقه و امّا علی القول ببطلان التبعّض مطلقا او فی خصوص الفضولی فلا وجه للجواز و علی الاقوی و هو الجواز لو اجاز المالک بیع بعض الصّفقه و اختلف المجاز و المردود فی القیمه فلا بدّ ان یقوّم المجموع ثمّ یقوّم احدهما منفردا و یلاحظ النّسبه بینهما فیؤخذ الثّمن بتلک النّسبه لا ان یستردّ قیمه المردود خاصّه فانّ هذا قد یستلزم الجمع بین العوض و المعوّض و ستعرف تفصیل ذلک

قوله مجرّدا عن الشّرط فالاقوی عدم الجواز)

فانّ الشّرط جزء عقلیّ غیر قابل لتعلّق البیع به و المجرّد عن الشّرط لیس جزء عن العقد المشروط بل هو مباین له فالمجاز لیس بعضا من العقد و امّا الکلّ بالنّسبه الی الاجزاء الخارجیّه فلیس الّا عباره عن نفس تلک الاجزاء و کلّ واحد منها قابل لوقوع البیع به مستقلّا و یکون جزء من المجموع ثمّ انّ هذا فیما کان الشّرط بعنوان التّقیید و أمّا اذا کان مجرّد التزام بشی ء فی ضمن عقد البیع فالظّاهر الجواز بناء علی عدم فساد العقد بفساد الشّرط و سقوطه من الشّارع او المالک

[القول فی الإجازه و الرد]

[أما الکلام فی الإجازه]

[القول فی المجیز فی شرائطه]

قوله (منع ما ذکره من انّ امتناع صحّه العقد فی زمان)

فانّ من الواضح عدم ارادته الخروج من باب التّخصیص بورود منع من الشّارع عن الصحّه بالخصوص فی هذا الفرض لوضوح عدم دلیل تعبّدی علیه بل الاخبار الوارده فی تزویج الصّغار کما فی المتن دالّه علی خلافه و لو کان ممنوعا کذلک لتمّ ما ذکره فانّ العقد اذا خرج عن العمومات و عن لزوم الوفاء فی زمان فدخوله ثانیا یحتاج الی دلیل فان اراد من عدم الصحّه عدمها الفعلیّه و امتناع دخول العقد حینه فی عموم الوفاء فهذا لیس محلّا للکلام و ان اراد عدم الصحّه التأهلیّه فهو عین الدّعوی و امّا الضّرر فیتدارک بما یتدارک به صوره النّقض بانّه ان کان المشتری عالما فقد اقدم علیه و ان کان جاهلا کان له الخیار

قوله (و یلزم ح خروج المال عن ملک البائع قبل دخوله فیه)

فبناء علی الکشف و دلیله و هو انّ الاجازه متعلّقه بالعقد و رضی بمضمونه فلا بدّ من حصول المضمون حین العقد اذ لیس مضمونه الّا نقل العوضین من حینه یلزم خروج المال عن ملک البائع قبل دخوله فیه لانّه باجازته ینکشف الخروج عن ملکه من حین العقد الاوّل السّابق علی تملّکه بالعقد الثّانی و حاصل الجواب انّ القول بالکشف لا یقتضی النّقل من حین العقد مطلقا حتّی

فيما لا يمكن ذلك كى يستلزم البطلان فى المسأله بل مقتضاه هو الكشف من حين الامكان فانّ مع تسليم العمومات الدالّه على صحّه عقد الفضولى الشّامل لوحده المالك و تعدّده ایّ محذور فى الكشف عن النّقل من حين التملّك لا من حين العقد و ایّ منافاه

بین کون الاجازه رضا بمضمون العقد و تأخّر تحقّق النّقل عن حین العقد فانّ المراد من الکشف و القدر الثّابت من دلیله هو النّقل من حین استجماع العقد للشّرائط المعتبره فی التأثیر الّتی منها الملکیّه و منها الرّضا و تحقّق الملکیّه فی المقام من قبیل تحقّق القبض فی الصّرف و السّلم و نحوهما فکما لو اجاز المالک بعد مضیّ زمان عن القبض المتاخّر کانت کاشفه عن النّقل من حین القبض لا من حین العقد من حیث عدم امکانه فلیکن ما نحن فیه کذلک

فان قلت الفرق بین المقام و ما یعتبر فیه القبض هو انّ عدم التّأثیر من حین العقد و تأثیره من حین القبض لنقصان فی جهه تأثیره من حیث الشّرط الشّرعی و هو القبض و اعتبار الشّروط و الموانع الشّرعیّه غیر مانع عن الحکم بالصحّه و دخول العقد الکذائی تحت عمومات الفضولی و المنع فیما نحن فیه من حیث عدم امکان التّأثیر عقلا لعدم کون المال قابلا للتملّک حال العقد

قلت هذا لا- حاصل له فانّ مع فرض شمول عمومات صحّه الفضولی للمقام لا مانع من کونها دلیلا علی الصحّه بعد حصول الملکیّه کما فی القبض و کما انّ القبض شرط فیما یعتبر فیه ذلک فکذلک الملکیّه نعم الفرق هو انّ فی البیع الفضولی فیما یعتبر فیه القبض یکون المجیز مالکا حین العقد بخلاف المقام و المستدلّ فی دعوی البطلان لیس ناظرا الی هذه الجهه بل الی عدم امکان حصول الملکیّه للمشتری حین العقد و الاجازه تکشف عن الملکیّه حینه و هذا المحذور جار فی المقامین و کما یحکم بالصحّه فیما یعتبر فیه القبض و یلتزم بحصول الملکیّه للمشتری بالاجازه من زمان القبض فلیحکم بالصحّه فی المقام من زمان ملکیّه المجیز و من العجیب انّ مدّعی البطلان فی المقام یقول التزام تأثیر الاجازه و حصول الملکیّه للمشتری الاوّل فی أوّل ازمنه قابلیّه تأثیرها فرع ورود الدّلیل علی الصحّه فی خصوص هذا المورد فانّه ح لا بدّ من التزام الکشف بقدر الامکان و لکن اذا کان الدّلیل بنحو العموم و المفروض انّ مقتضی الاجازه التّأثیر من الاوّل و هو غیر ممکن فیما نحن فیه فیکشف هذا عن عدم شمول العموم له فانّ مع التأمّل یظهر عدم الفرق بین ورود دلیل بالخصوص او العموم فانّه کما یعترف بالصحّه فی الاوّل فکذلک لا وجه لرفع الید عن العمومات المقتضیه للصحّه فان کان عدم المالکیّه حین العقد مانعا عقلیّا فکیف یرفع الید عنه فی الاوّل و الحاصل انّه لا- دلیل علی اعتبار کون الرّضا المتأخّر ممّن هو مالک حال العقد و العمومات کافیه فی الصحّه بقدر الامکان و الاقوی انّ ما ذکرنا من الصحّه انّما هو فیما اجاز البائع من دون تقیید بحصول الملکیّه للمشتری من حین العقد و منه تعلم انّ الحکم بالصحّه لا ینافی ما هو المقرّر من تبعیّه العقود للقصود و أمّا اذا اجاز مقیّدا بحصولها له کذلک فالوجه البطلان

للزوم خروج المال عن ملک البائع قبل دخوله فیه و الاقوی أیضا عدم الفرق فی الحکم بالصحّه او البطلان بین المقام و هو ما اذا کان الانتقال الی المالک المجیز بالشّراء و نحوه من انحاء المعاملات و ما اذا کان بالارث و نحوه من الانتقالات القهریّه لجریان ما ذکر فی وجه الصحّه و جمیع الوجوه المذکوره للبطلان غیر الوجه السّادس و ما یجاب عنها فی الاخیر أیضا و الفرق بینهما بصحّه الاجازه فی الاخیر دون المقام کما یظهر من بعض الاعلام لا وجه له فتدبّر و کذا لا فرق بینهما و بین ما لو باع ثمّ ملک التصرّف کما لو باع مال الطّفل فضولیّا ثمّ صار فقیها له الولایه علیه فاجاز

قوله (فان کان لا بدّ من الکلام فینبغی فی المقتضی الخ)

کما هو مفاد الاشکال السّادس من منع اقتضاء البیع للصحّه لانّ الردّ کما یتحقّق بالقول یتحقّق بالفعل أیضا و بیع الاصیل ماله من البائع الفضولی ردّ لبیعه فیقتضی بطلانه و امّا الاشکال الثّالث الّذی هو محلّ الکلام فهو راجع الی الجهه الثّانیه

قوله السّابع الاخبار المستفیضه الحاکیه لنهی النّبی (ص))

کالنّبوی لا تبع ما لیس عندک المساوق للنبویّ الاخر لا بیع الّا فیما یملک و لما ورد فی توقیع العسکری (ع) الی الصفّار لا یجوز بیع ما لیس یملک و هی تشمل مسئله ما لو باع ثمّ ملک لانّ البائع حین البیع یبیع ما لیس عنده و ما لا یملک

قوله کما فهمه فی الوافی)

و علیه یکون المراد من العقد المحرّم وجوده و المحلّل عدمه هو العقد الواقع قبل الاشتراء و علی ایّ من الاحتمالات تدلّ الرّوایه علی المنع عن البیع قبل شرائه من المالک

قوله لا انّه لغو من جمیع الجهات فافهم)

الظّاهر انّه إشاره الی دقّه ما ذکره و دفع ما یقال من انّ اجازه البائع و عدمها من حالات بیعه فیشمل النّهی بإطلاقه صوره الاجازه أیضا و قد اوضحنا مرامه قدره فی الجواب عن العمومات فتفطّن

قوله (روایه الحسن بن زیاد الطّائی)

و فی التّایید منع ظاهر فانّ علّه البقاء بعد العتق علی ما فعله بغیر اذن مولاه و عدم لزوم تجدید النّکاح المسئول عنه یمکن ان یکون احد امرین الاوّل اقرار المولی المستفاد من سکوته و الثّانی صیرورته حرّا مالکا لنفسه و یلزم العقد علی کلّ تقدیر لکنّ الفرق انّ الاوّل یوجب صحّه النّکاح من حین وقوع العقد و الثّانی یوجبها من حین التّحریر و لا اشکال فی انّ صحّه النّکاح و الوطی من حین العقد اولی و اتمّ فائده من الصحّه علی الوجه الثّانی و به یصحّ الاستفصال عن انّ المولی سکت أم لا فتدبّر

قوله (بالغرر و عدم القدره علی التّسلیم ظاهر)

مع انّه ره حيث ذهب فى الكتاب الى موافقه المشهور و صحّه الفضولى اجاب عمّن استدلّ لبطلانه بعدم القدره على التّسليم بانّها من المالك موجوده ان اجاز و هذا قرينه على ارادته من المنع فى المقام

المنع عن وقوع الاشتراء غير مترقّب لاجازه مجيز فكما انّ القدره على التّسليم موجوده من المالك ان اجاز فى اصل الفضولى فكذا فى المقام يكون القدره موجوده من البائع على تقدير تملّكه فالقدره الفعليّه منتفيه فى المقامين و الشّأنيّه حاصله فيهما فلم يرد فى المقام الّا نفى القدره الفعليّه و نفى الصحّه كذلك

قوله (المسأله الثّالثه ما لو باع معتقدا لكونه الخ)

و هذا فى الحقيقه ليس من الفضولى موضوعا و انّما يلحق به فى الحكم بالصحّه مع لحوق الاجازه

قوله (و لذا بنينا على صحّه العقد بقصد مال نفسه)

فالسّر فى الجميع انّ قصد ما ليس من مقوّمات العقد اذا كان مخالفا للواقع لا يقدح فى صحّته و لكن يتوقّف لزومه بعد انكشاف مخالفه المعتقد للواقع على الرّضا و اجازه الواقع و لا فرق بين ما لو باع مال غيره معتقدا لنفسه و ما لو باع مال نفسه معتقدا لغيره فكما يتوقّف اللّزوم فى الاوّل بعد الانكشاف على اجازه المالك يتوقّف فى الثّانى على اجازته ان كان ممّا يقبل التّوقيف عليها و الّا وقع باطلا كالايقاعات بناء على عدم جريان الفضولى فيها امّا لكونه على خلاف القاعده فيقتصر على مورده و امّا للاجماع المدّعى على بطلانه فيها مط و المتيقّن ممّا اجمعوا عليه خصوص العتق و الطّلاق

قوله (و فى عدم الوقوف هنا وجه)

و هو انّ دليل اعتبار الاجازه هو اعتبار رضا المالك بنقل ماله بعنوان انّه ماله و هذا حاصل فى المقام لوضوح انّه لم يحصل ماهيّه البيع الّا بهذا العنوان نعم تحقّقه فى اعتقاده بالتّنزيل و هذا غير ضائر لانّه مخطئ فى اعتقاد التّنزيل لا فى كونه مالا له و يمكن ان يقال الرّضا المعتبر فى العقد هو الّذى يتعلّق بنقل المال من حيث كونه مالا للنّاقل باعتقاده حقيقه و هذا غير حاصل فى المقام و انّما الحاصل الرّضا بالنّقل من حيث كونه مالا لنفسه تنزيلا و لغيره حقيقه فتأمّل

[القول فى المجاز]

قوله (هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز)

لا اشكال فى عموم النّهى عن الغرر فيشترط فى المجيز علمه بكلّ ما لو لاه لكان المعامله غرريّا و كذا لا يصحّ التّعليق فى الاجازه سواء كانت ملحقه بالعقود لانّها فى معناها او كانت ايقاعا فانّ الايقاع أيضا غير قابل للتّعليق

[فى أحكام الرد]

قوله (نعم لو قلنا بانّ الاجازه كاشفه)

و يمكن ان يق انّ القائل بالكشف الحقيقى و كون المؤثّر التّام هو العقد المتعقّب للاجازه هل يقول بانّ الشّرط هو لحوق الاجازه و لو كانت فاسده أم يقول بانّه هو لحوقها صحيحه لا سبيل الى الاوّل و سبق التصرّفات المذكوره تمنع عن وقوع الاجازه صحيحه فانّ وقوعها صحيحه مناقض لوقوع الاجازه و الشّرط عند القائل المذكور هو تعقّب الاجازه الصّحيحه فالتصرّفات الغير المخرجه عن الملك على الكشف ردّ مع العلم بالعقد و بحكمه من حيث انّها مخرجه له عن

قابليّه وقوع الاجازه مع عدمه و على النّقل فواضح انّها غير مانعه

[مسائل متفرقه]

[مسأله لو لم يجز المالک، فإن كان المبيع فى يده فهو، و إلّا فله انتزاعه]

قوله (لو لم يجز المالک فان كان المبيع فى يده فهو)

حاصل مرامه قدّس سرّه انّه لو لم يجز المالک سواء تحقّق منه الردّ أم لا كما لو كان متردّدا فان كانت العين باقيه فله انتزاعها ممّن وجدها فى يده باقباض الفضولى و الزام غيره ممّن دخلت تحت يده بردّها فى تعاقب الايدى فهو ح مخيّر فى الرّجوع الى كلّ من دخلت تحت يده و ان كانت تالفه فهو مخيّر فى الرّجوع الى كلّ من دخل المال تحت يده بجميع المال او بالتّوزيع عليهم بالتّساوى او بالتّفاوت فانّه اذا صحّ الرجوع الى كلّ بتمام المال صحّ الرجوع إليه بالبعض بطريق اولى و له الرّجوع أيضا الى كلّ واحد منهم مع بقاء العين و تلفها بمنافعها المستوفاه و غيرها و بصفاتها الفائته و ان رجع الى احد بالعين و منافعها سقط عن الباقين الّا انّه ان رجع الى السّابق رجع السّابق على اللّاحق ما لم يكن غارّا له و لا يرجع اللّاحق على السّابق ما لم يكن مغرورا له و قرار الضّمان على من تلفت العين او الصّفات عنده فلو رجع المالک إليه لا يرجع هو الى سابقه الّا اذا كان مغرورا له و من دخل العين تحت يده خاليه عن الصّفات و لم تحدث عنده و لا عند من تأخّر عنه لا يضمن الصّفه و امّا حكم المشترى مع الفضولى فيرجع عليه بالثّمن ان كان جاهلا بكونه فضوليّا سواء كان باقيا او تالفا و لا يقدح فى ذلک اعترافه بكون البائع مالكا نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده الى اليد لم يرجع بشى ء لأنّ الآخذ ظالم باعتقاده و ان كان عالما بالفضوليّه فان كان الثّمن باقيا استردّه و ان كان تالفا فالمشهور عدم رجوع المشترى و فيه اشكال من جهه انّ اطلاق قولهم ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضّمان و قد سبق منّا الكلام فى الجواب عن هذا الاشكال فى ذكر النّقوض

قوله (و مجرّد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله)

لا اشكال فى انّ الدّفع الى الغاصب و تسليطه عليه لا يمنع عن جواز رجوعه إليه مع بقاء عين الثّمن و لو كان عالما بكون الفضولى غاصبا لانّ الدّفع إليه لا يزيد عن حكم الهبه المجّانيّه و لا اشكال فى جواز الرّجوع فيها و لكن ما استدلّ به من الوجهين لا يخلو عن مناقشه امّا فى الوجه الاوّل و هو انّه لزم الانتقال فى البيع الفاسد لتسليط كلّ من المتبايعين صاحبه على ماله فبامكان الفرق بين البيع الفاسد من غير جهه العوض و الفاسد من جهته كما سيصرّح بذلک فى ذيل اثبات عدم الضمان فيما لو كان الثّمن تالفا و فساد النّقض بالبيع مع علم المشترى بالفساد حيث يحكم بالضّمان فى ذلک بقوله نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملک كالخمر و الخنزير و الحرّ قوىّ اطّراد ما ذكرنا

فيه من عدم ضمان عوضها المملوک مع علم المالک بالحال انتهى و لعلّ الامر بالتأمّل إشاره إليه أيضا و امّا فى الثّانى و هو انّه يمتنع تحقّق الاجازه فيما ستعرفه من وجوه الامر بالتأمّل

قوله لانّ طيب النّفس بالتصرّف و الاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل)

قد يقال هذه العباره و قوله بعد ذلک و حاصله انّ دفع المال الى الغاصب ليس الّا كدفعه الى ثالث الخ يقتضيان جواز التصرّف للبائع فى الثّمن امّا تكليفا او مط بناء على انّ التصرّفات المتوقّفه على الملک نافذه من المباح له و لو فى غير المعاطاه مع انّه قد قوىّ فيما سبق عدم جواز التصرّف لانّه اكل مال بالباطل و يدفع بانّه لا ملازمه بين تأثير التّسليط مجّانا فى رفع الضّمان و تأثيره فى جواز التصرّف و قد اوضحنا ذلک فيما علقنا على الامر الثّانى من الامور المتفرّعه على عدم تملّک المقبوض بالبيع الفاسد فراجع

قوله (فى ايصاله الى المالک فتلف فى يده)

لا اشكال فى انّه يريد من التّلف الاتلاف لظهور عدم الضّمان و كون القابض امينا فيما لو دفع المشترى الثّمن إليه بعنوان التّوكيل و جعله واسطه فى ايصاله الى المالک

قوله (و امّا ان يكون فى مقابل ما استوفاه المشترى كسكنى الدّار)

و امّا المنافع الغير المستوفاه فالظّاهر عدم الاشكال فى رجوع المالک بها الى المشترى و رجوعه الى البائع فيما اغترمه ان كان جاهلا بالفضوليّه و لم يصرّح به المصنّف فى المقام امّا اتّكالا على ما تقدّم منه فى المقبوض بالعقد الفاسد و امّا لادخاله فى الغرامه الّتى لم يحصل له فى مقابلها نفع

قوله (و عن التّنقيح انّ عليه الفتوى لقاعده الغرور)

اعلم انّ من جمله اسباب الضّمان الغرور فكلّ من غرّ صاحبه بشى ء اى كان منشأ لغرامته بحيث كان تدليسه سببا لذلک فهو ضامن لما غرمه المغرور فله ان يطالبه به و ان كان المغرور هو المتلف بل و ان لم يكن الغارّ اثبت يده على ذلک المال و نحوه و لم يصدق عليه عنوان كونه متلفا نعم لو كان تسليطه على اتلافه للشّى ء بالضّمان بان كان الدّفع إليه على طريق مضمون كبيع و نحوه استقرّ الضّمان على المغرور و ان كان الغارّ أيضا ضامنا و يدخل تحت هذا العنوان امثله كثيره فى تضاعيف ابواب الفقه كمن قدّم طعام غير الى ثالث فاكله او باع مال الغير بعنوان انّه ماله فتضرّر بذلک المشترى فى ثمن او نماء او اعار مال الغير و يعتبر فى ضمان الغارّ امران الاوّل جهل المغرور بالواقع و امّا الغارّ فلو كان عالما بالواقع و كان فعله علّه لاقدام المغرور فلا اشكال سواء كان قاصدا للتّغرير و التّدليس أم لا و لو كان عالما عامدا و لكن لم يؤثّر ذلک فى اعتقاد المغرور كمن دفع مال غيره الى ثالث بعنوان انّه مال الدّافع و كان الأخذ معتقدا ذلک من خارج ففيه وجوه اوجهها الفرق بين

انّ المغرور لو لم یکن معتقدا ذلک کان فعل الغارّ سببا لغروره و انّه لو لم یکن کذلک لم یؤثّر فیه تدلیس الغارّ اصلا فلا یکون فعل الغارّ سببا فلا یصدق ح علیه عرفا انّه الغارّ و لو کان جاهلا بالواقع کمن اعتقد انّه مال نفسه فبذله لغیره فتبیّن انّه مال الغیر او زعم انّه مأذون فی الدّفع او اعتقد انّه وکیل و نحو ذلک من الطّرق الرّافعه للضّمان باعتقاده فبان خطاه ففی صدق الغرور وجهان اظهرهما ذلک فانّ فعله قد غرّه الثّانی کون فعل الغارّ او قوله حجّه شرعیّه للمغرور کما هو مورد الاجماع و النّصوص المعلّله و لاجل ذلک یحکمون بضمان من قدّم الی غیره طعاما لیأکله مجّانا فتبیّن عدم کون الطّعام له و بضمان المباشر فیما لو اکل طعام الغیر لتغریر غیره بانّه ماله و کذا لا یحکمون بضمان الغارّ فیما لو غرّ شخص غیره بقدوم ابنه او ابیه مثلا فخسر لذلک مالا کثیرا و غیره من الموارد الّتی لا یکون قول الغارّ حجّه علیه و لم یثبت به موضوع حکم شرعیّ و انّما کان مجرّد ایجاد داع فی نفس المغرور و بما ذکرنا یتبیّن حکم کثیر من الموارد الّتی اضطربت فیها کلماتهم و الدّلیل علی ضمان الغارّ امور الاوّل النبوّی المحکیّ عن المحقّق الثّانی فی حاشیه الارشاد من انّه ینسب الی النّبی (ص) قوله المغرور یرجع الی من غرّه و العمل بهذه القضیّه و التمسّک بها مشهور عند الفریقین و لم نقف علیها فی کتب الاخبار لکن الظّاهر من سیاق کلامهم انّه مرویّ و علی ایّ حال مضمون الجمله مجمع علیها و العمل بالجبر الواقع فضعف السّند بالارسال لا یضرّ بالاستدلال الثّانی الاجماع بقسمیه و هذا ظاهر لمن تتبّع کلماتهم فی مسائل الغرور الثّالث و هو العمده الاخبار الخاصّه المتفرّقه فی ابواب الفقه منها روایه جمیل المذکوره فی المتن و منها ما ورد فی ضمان شاهد الزّور و منها الاخبار المتکثّره الوارده فی باب النّکاح الی غیر ذلک من الاخبار المتفرّقه و یستفاد من بعضها عموم الحکم لعلّه مطّرده کروایه رفاعه قضی امیر المؤمنین (ع) فی امرأه زوّجها ولیّها و هی برصاء انّ لها المهر بما استحلّ من فرجها و انّ المهر علی الّذی زوّجها و انّما صار المهر علیه لانّه دلّسها و روایه اسماعیل بن جابر سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل نظر الی امرأه فاعجبته فسئل عنها فقیل هی ابنه فلان فاتی أباها فقال زوّجنی ابنتک فزوّجه غیرها فولدت منه فعلم بعد ذلک انّها غیر ابنته و انّها امته فقال (ع) تردّ الولیده علی موالیها و الولد للرّجل و علی الّذی زوّجه قیمه الولد یعطیه موالی الولیده کما غرّ الرّجل و خدعه و بالجمله قاعده الغرور من القواعد المسلّمه المجمع علیها و لیس مدرکها التّسبیب او تقدیم السّبب علی المباشر لوضوح انّهما بانفسهما و بعنوانهما لیسا من اسباب الضّمان و لا عبره بکون المتلف مباشرا او سببا او نحو ذلک و هما لا یختصّان بمرتبه بل قد یکون سبب و سبب سبب و

قد يترامى السّلسله و منشأ الضّمان انّما هو قاعده الاتلاف فانّ من اتلف شيئا ضمنه كما دلّ عليه الخبر نعم ذكر الاصحاب انّ الاتلاف قد يكون بالمباشره اى ايجاد علّه التّلف كالاكل و القتل و الاحراق و قد يكون بالتّسبيب اى ايجاد ما يحصل عنده التّلف لكن بعلّه اخرى اذا كان السّبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّه كمن فتح قفس طائر فطار او حفر بئرا فى طريق المسلمين فوقع احد فيه فمات او فتح فم قربه السّمن فذابته الشّمس و قالوا انّ المباشر و السّبب لو اجتمعا فالضّمان على المباشر الّا فى صوره الاكراه فى غير النّفوس فانّ الضّمان فيها على المكره بالكسر لضعف المباشر و المدار عندهم على صدق التّلف عرفا و تحديدهم بالمباشر و السّبب انّما هو لضبط الصّدق العرفى و الّا لم يدلّ دليل على المباشره و التّسبيب و تقدّم احدهما على الاخر عند الاجتماع و كلّ مسئله اختلفوا فيها فى تقديم السّبب او المباشر انّما هو لاختلافهم فى صدق الاتلاف فيها على المباشر او السّبب و يظهر من بعضهم انّ المكره بالفتح يستند إليه الاتلاف أيضا و يصير ضامنا غايته انّه يرجع الى المكره بالكسر لقاعده الغرور و الحقّ ما عليه المشهور من انّ الضّمان على المكره بالكسر اذا كان المكره بالفتح كالآله و كان بحيث قد سلب منه الشّعور و الاختيار و امّا لو لم يكن كذلك بل كان لخوف معتبر فيشكل عدم صدق الاتلاف عليه و ذكر بعض المحشّين فى بيان انّ التّسبيب قاعده مستقلّه فى اثبات الضّمان و ليس مستندا الى قاعده الاتلاف انّ مقتضى عموم ادلّه الضّمان فى الاتلاف و ان كان ثبوته على المتلف مط ان كان قابلا بل مقتضاه انتفاء الضّمان عن السّبب أيضا الّا انّه يثبت بادلّه خاصّه فى موارد خاصّه ثبوت الضّمان عليه ان لم يكن التّلف مستندا الى المباشر بان يكون كالآله له كالرّيح العاصف عند تاجيج النّار و الفعل مستند الى تقصير الغير بعنوان التّسبيب لا بعنوان التّلف كما زعمه بعض للاجماع على ثبوت الضّمان على من أجّج النّار فى الرّيح العاصف زائدا عن المتعارف او حفر بئرا فى ملك الغير بدون اذنه او وضع على حائط مشرف على الطّريق شيئا و عدم اصلاح الحائط المائل على الطّريق مع انّه لا يصدق عليه المتلف بل يصدق عليه انّ الفعل من غير الشّاعر مستند الى تقصير المختار و ايجاده شرطا من شروط الضّمان اختيارا و كان الفاعل غافلا فهو ملغى ح و لذا اطبقوا على عدم الضّمان لو وقع هذه الامور لا عن تقصيره كترك اصلاح الحائط المائل الى داره دون طريق النّاس فوقع منه شى ء و اتلف احدا و ليس ذلك الّا من جهه عدم صدق الاتلاف لا انّه اتلاف غير مضمن نعم قد يكون السّبب بحيث يصدق عليه انّه متلف كحفر البئر فى طريق المسلمين و لكنّ الضّمان لا يدور مداره لما عرفت بل الميزان ما عرفت من اسناد فعل غير الشّاعر الى تقصير المختار انتهى و هذا كما ترى لا محصّل له بل كلّ مورد حكم الاصحاب بالضّمان للتّسبيب لا يكون الّا من

حيث صدق الاتلاف على السّبب مضافا الى انّ مدرك قاعده الغرور لو كان هو التّسبيب او تقديم السّبب على المباشر لضعفه فهما انّما يكونان فيما اذا كان المباشر كالآله كالصبى الغير المميّز و المجنون و الحيوان او المكره بالفتح الخالى عن الاختيار و نحو ذلك ممّا لا يتوسّط بين فعل الفاعل و الاثر المترتّب عليه فعل فاعل مختار حتّى يصدق الاتلاف على السّبب و مع الواسطه الاختياريّه يحكم بضمان المباشر كمن باشر بالاختيار اكل طعام للغير و لو لتغرير غيره و المغرور بالغ عاقل شاعر مختار و لا يعقل جعله كالآله فضمان الغارّ ليس مستندا إليهما نعم يستثنى ممّا لا يتوسّط بين فعل الفاعل و الاثر المترتّب عليه فعل فاعل مختار و الحكم بانّه مورد اعمال التّسبيب و ضعف المباشر ما لا يصدق الاتلاف على الفاعل كذلك كحكم الحاكم بشهاده الزّور فانّ المال و ان اغترمه المشهود عليه بحكم الحاكم الّا انّ الحكم لمّا كان واجبا عليه بعد اقامه البيّنه لم يكن ضامنا لعدم صدق الاتلاف عليه مع وجوب الحكم عليه و الضّمان انّما هو على الشّهود و مضافا الى انّه لو تمّ كون المدرك هو التّسبيب او تقديم السّبب لزم عدم ضمان المغرور لعدم كونه متلفا ح كما ذكروه فى مسئله الاكراه و تعدّد الضّمان مع وحده السّبب لا وجه له مع انّهم يقولون انّ المغرور يضمن و يرجع بما اغترمه على الغارّ و هذا هو الّذى اشار إليه المصنّف ره بقوله و المتّجه فى مثل ذلك عدم الرّجوع الى المباشر اصلا كما نسب الى ظاهر الاصحاب فى المكره الخ و بالجمله علّه رجوع المغرور على الغارّ ان كان هو التّسبيب او تقديم السّبب على المباشر الرّاجعين الى الاتلاف فسبب الضّمان شى ء واحد فان كان على الغارّ فلا وجه لضمان المغرور و ان كان على المغرور فلا وجه لرجوعه على الغارّ و ان كانا مشتركين فلا بدّ من التّبعيض كما مرّ ثمّ انّه لا وجه لجعل نفى الضّرر مدركا لقاعده الغرور او جعله دليلا مستقلّا فى المقام لرجوع المغرور على الغارّ و ذلك لما اوضحنا فى محلّه انّ قاعده نفى الضّرر انّما تدلّ على نفى الاحكام الوجوديّه الثّابته بالعناوين الاوليّه تكليفيّه أم وضعيّه و تقدّم على ما دلّ على ثبوتها و ان كانت النّسبه بينهما هى العموم من وجه فهى تصلح دليلا لنفى الحكم اذا كان موجبا للضرر فانّه يرفع الأثر المترتّب على العنوان الاوّلى الّذى يكون خاليا عن هذا العنوان تاره و متّحدا معه اخرى الثّابت بعموم دليل العنوان الاوّلى او اطلاقه و لا يثبت حكما لو لاه لزم الضّرر و اثبات الحكم يحتاج الى دليل اخر فنتيجه تقديم نفى الضّرر هو رفع الاحكام الثّابته و أمّا اذا لزم من عدم حكم ضرر فلا وجه لنفى هذا العدم بدليل نفى الضّرر و استنتاج اثبات حكم غير ثابت و لا فرق فيما ذكرنا بين ان يكون تقديم نفى الضّرر على الادلّه لأجل وقوع القاعده فى مقام الامتنان و يكفى ذلك فى تقديمها على العمومات او للجمع العرفى بدعوى انّ العرف يوفّق بينهما بحمل ادلّه الاحكام على الحكم الاقتضائى و

دليل نفى الضّرر على الحكم الفعلى او لترجيح دليل نفى الضّرر على تلك الأدلّه امّا بعمل الاصحاب و امّا بالاصول كالبراءه فى مقام التّكليف و غيرها فى غيره او لاخصيّته دليله من ادلّه مجموع الاحكام و ان كانت النّسبه بين دليله و دليل كلّ حكم بالخصوص عموما من وجه و امّا لحكومه نفى الضّرر عليها كما لا فرق أيضا بين ان يكون المراد من نفى الضّرر انّ الحكم الضّررى غير مجعول او انّ الموضوع الضّررى لا حكم له الّا اذا كان معنى نفى الضّرر انّ الضّرر الغير المتدارك غير مجعول كما توهّمه بعض كما انّ الاستدلال لثبوت الضّمان فى جميع موارد الضّرر بصحيحه الكنانى كلّ من اضرّ بشى ء من طريق المسلمين فهو ضامن له و بصحيحه الحلبى كلّ شى ء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه يضعّف بانّه من حيث صدق الاتلاف بالتّسبيب لا من حيث انّ الاضرار سبب للضّمان و الحكم بالضّمان فى الموارد الّتى لا تشملها الاسباب المعروفه للضّمان من اليد و الاتلاف و غيرهما تمسّكا بنفى الضّرر لا وجه له اصلا

قوله (و الوجه فى ذلک حصول التّلف فى يده)

هذا هو الصّواب كما ستعرفه

قوله (فان قلت انّ كلّا من البائع و المشترى)

قد علم ممّا مرّ انّ رجوع المشترى الى البائع الفضولى فيما اغترمه للمالک انّما هو فيما كان المشترى مغرورا و جاهلا و علم أيضا انّ مع الغرور و تعاقب الايدى بان اثبت كلّ من البائع و المشترى يده على العين كان للمالک الرّجوع الى ايّهما شاء فى ردّ العين ما دامت باقيه و الى بدلها مع التّلف و مع عدم التّعاقب بان لم يكن الغارّ اثبت يدا عليها فليس للمالک الرّجوع الى البائع بل يرجع على المشترى ثمّ يرجع المشترى بما اغترمه على الغارّ ففى مورد اثبات اليد من كلّ من البائع و المشترى المغرور على العين لو تلفت عند المشترى او اتلفها و هى الصّوره الّتى علمت انّ للمالک الرّجوع الى كلّ منهما اذا رجع الى المشترى فقد مرّ بيان ماله الرّجوع بعد الغرامه الى البائع و ما ليس له ذلک و اذا رجع المالک على البائع فحكمه ما افاده فى المقام من انّ كلّما يرجع المشترى به على البائع اذا رجع عليه الخ و من هنا يتوجّه اشكال اشار إليه بقوله فان قلت الخ و حاصله انّه ما الوجه فى جواز رجوع كلّ سابق بعد رجوع المالک عليه الى كلّ من اللّاحقين الّا الى مغروره مع انّ كلّا من السّابق و اللّاحق قد استولى على المال و على اليد ما اخذت يقتضى ضمانهما و للمالک ان يرجع الى كلّ منهما و كما انّه ان رجع الى المشترى فليس له الرّجوع الى البائع فليكن العكس أيضا كذلک نعم لو كان المشترى متلفا كان للبائع الرّجوع إليه لانّ قرار الضّمان عليه من جهه قاعده الاتلاف و قبل الجواب بيّن كيفيّه اشتغال ذمّه كلّ من اليدين ببدل التّالف و صحّحه بنحو الواجب الكفائى و انّ المالک يملک ما فى ذمّه كلّ منهم على البدل بمعنى انّه اذا استوفى احدها سقط الباقى و لا اشكال

فى انّ ثبوت التّدارک على هذا النّحو فى العهدات المتعدّده امر معقول و قد دلّ عليه ما دلّ على جواز رجوع المالک على كلّ منهم و هو قاعده ضمان اليد و كما يقال فى الواجب الكفائى انّه تكاليف متعدّده مع مطلوب واحد شخصىّ و الطّلبات على نحو البدليّه فكذا يقال فى المقام انّ العهدات متعدّده و اشتغال الذّمم المتعدّده بمال واحد على نحو البدليّه و العجب من الحاشيه التّقريريّه حيث انكر كون مقصود المصنّف هو ثبوت الضّمان على كلّ من السّابق و اللّاحق بنحو الكفايه و البدليّه و اطنب فى الكلام بما لا حاصل له نعم فى الجواب عن اصل الاشكال و بيان حال بعض الايدى مع بعض اراد المصنّف تصوير اثبات الضّمان عليهما بنحو البدليّه تصحيحا لرجوع السّابق على اللّاحق و افاد انّ كليهما و ان كانا بمقتضى اليد ضامنين للمالک على وجه البدليّه الّا انّ السّابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللّاحق فاذا حصل المال فى يد اللّاحق فقد ضمن شيئا له بدل فالاوّل ضامن للعين و الثّانى ضامن للعين الّتى لها بدل فى ذمّه الآخر و ما يدفعه الثّانى و لو بدفعه الى المالک بعد رجوعه إليه فانّما هو تدارک لما استقرّ تداركه فى ذمّه الاوّل بخلاف ما يدفعه الاوّل فانّه تدارک لنفس العين معيّنا و ان شئت قلت انّ الاوّل ضامن للعين و الثّانى ضامن لما يضمنه الاوّل و ثبوت الضّمان بهذا النّحو من البدليّه انّما هو بسبب اطلاق الدّليل او عمومه و ثبوت اليد الثّانيه بعد الاولى و لكنّ الكلام فى انّ هذا الضّمان الطّولى لا ينافى صحّه ضمان كلّ منهما للمالک على البدليّه و صحّه رجوعه الى كلّ منهما كذلک نظير الواجب الكفائى فى كونه تكاليف متعدّده و باتيان احد المكلّفين يسقط عن الاخر غايه الفرق انّ الواجب الكفائى واحد شخصىّ معيّن و فى المقام ما فى ذمّه الاوّل هو البدل فقط و ما فى ذمّه الثّانى هو البدل و المبدل على سبيل البدل و بالجمله ما يكون المصنّف بصدده هو اثبات الضّمان الطّولى لصحّه رجوع السّابق على اللّاحق لا لصحّه رجوع المالک الى كلّ منهما و لذلک يقول اخيرا و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل كما كان فى الايدى المتعاقبه اشتغال ذمّه اشخاص على البدل لشى ء واحد لشخص واحد ثمّ لا يخفى انّ ما افاده المصنّف فى كيفيّه الضّمان الطّولى و ان لم يرد عليه جميع ما اورده السيّد الطباطبائى قدّس سرّه فى الحاشيه و لكن يرد عليه أوّلا انّ لازم ما ذكره ان يكون فى مسئله ضمان الاثنين لواحد بناء على صحّته للضّامن الاوّل الرّجوع على الضّامن الثّانى اذا دفع العوض الى المضمون له فانّ الثّانى قد ضمن ما له بدل فى ذمّه الضّامن الاوّل مع انّه ليس له ذلک بل انّما يرجع الى المضمون عنه لو ضمن باذنه و لو كان متبرّعا فلا يرجع على احد و أيضا فى ضمان العهده و ضمان

الاعيـان المضـمونه اذا قلنـا بجواز الرّجوع الى كـلّ من الضّـامن و المضـمون عنه كما اسـتظهره المصـنّف منهم يلزم جواز رجوع المضـمون عنه الى الضّامن اذا فرض رجوع المالك عليه و لا يمكن الالتزام به وجه اللّزوم انّ الضّامن انّما ضـمن شيئا له بدل فى ذمّه المضـمون عنه و أيضـا بنـاء على مـذهب العـامّه من كـون الضّـمان ضمّ ذمّه الى اخرى يلزم جواز رجوع المضـمون عنه الى الضّامن اذا رجع المالك عليه لأنّه يصدق على الضّامن انّه ضـمن شيئا له بدل لكن فيما اذا كان المال المضمون ثابتا فى ذمّته من باب الغرامه بان يكون متلفا او غاصبا او نحوهما فضمن عنه الضّامن و لا يمكن الالتزام به و ثانيا اذا فرضنا انّ العين بعد ما صارت فى يـد اللّاحق رجعت الى السّابق فتلفت فى يده فالظّاهر انّه لا يجوز للسّابق ح اذا رجع المالك عليه ان يرجع الى اللّاحق بل الأمر بالعكس لأنّ من تلف فى يـده هو السّابق بالفرض و لازم بيان المصـنّف قـدّس سـرّه ان يكون له الرّجوع عليه لانّه يصدق انّه اى اللّاحق ضمن شيئا له بدل بخلاف السّابق و دعوى انّه بعد العود إليه يكون اللّاحق سابقا و السّابق لاحقا فيصدق على السّابق الّذى صار لاحقا انّه أيضا ضـمن شـيئا له بـدل مـدفوعه بانّ الضّـمان انّما حدث باثبات يده الاولى و فى ذلك الحين لم يكن له بدل و بعـد العود إليه لا يحـدث ضـمان اخر مثلا اذا غصب عينا و ضـمن فاعطاه غيره او اخـذ منه قهرا ثمّ ردّه ذلك الغير إليه لا يحدث ضمان اخر لأجل هـذه اليد الثّانيه بل الضّـمان الحادث أوّلا باق و قرار الضّـمان ح على الغاصب الاوّل اذا تلف المال فى يده بعد العود إليه و لازم بيان المصـنّف قـدّس سـرّه ان يكون القرار على الغاصب الثّانى مع انّه لم يتلف فى يـده فتـدبّر و ثالثا انّ لازم ما ذكره جواز رجوع السّـابق الى اللّـاحق قبـل دفع البـدل أيضـا و مـا ذكره من انّه نظير بـاب الضّـمان حيث انّه لا يرجع الضّامن الى المضـمون عنه الّا بعد الدّفع اذا كان الضّـمان باذنه فيه انّ مقتضـى القاعده فى ذلك الباب أيضا جواز الرّجوع لانّ ذمّه المضمون عنه قد برئت بمجرّد الضّمان عنه باذنه فاللّازم جواز مطالبته قبل الدّفع أيضا الّا انّه خرج عن القاعده للنّص الخاصّ و هو فى المقام غير موجود فعـدم القول به فى المقـام مع انّه لـازم الوجه المـذكور يكشف عن عـدم تمـاميّه الوجه فتـدبّر و نحن كلّمـا تأمّلنا فى الحاشـيه التقريريّه لم نجـد فيهـا ما يكون دافعا لهـذه الايرادات فراجع و تامّل لعلّك تظفر بما لم نسـتفده ثمّ انّه لا داعى الى هـذا التكلّف الشّديد مع امكان ان يق انّ الوجه فى رجوع السّابق على اللّاحق هو قبض اللّاحق منه و لو بالواسـطه و انتقال العين من يد الاوّل الى يد الثّانى و بدفع الاوّل البدل الى المالك يقوم مقامه قهرا بمقتضى البدليّه و عدم رجوع المشترى الى البائع اذا

رجع المالک علیه من جهه عدم وجود مقتض للرّجوع إلیه حیث انّ البائع لم یأخذ العین من ید المشتری و این هو من صوره العکس حیث انّ العین مأخوذه منه و بالجمله مقتضی علی الید انّ کلّ سابق بعد دفع البدل الی المالک یقوم مقام المالک فی ضمان اللّاحق لما اخذ منه و قد دفع السیّد الطّباطبائی فی الحاشیه الاشکال بوجه ثالث و هو انّ اللّاحق صار باثبات یده علی العین و عدم دفعه الی المالک او الی من اخذ منه سببا لضمان السّابق لأنّه لو دفعه إلیه او الی المالک کان السّابق فارغا من الضّمان فضمانه بمعنی استقرار العوض فی ذمّته مستند الی اللّاحق من جهه حیلولته بینه و بین العین و قد عرفت فیما مضی انّ التّسبیب اذا لم یکن منشأه الید فلیس من اسباب الضّمان و امّا صاحب الجواهر فقد التزم بالاشکال و ادّعی فی أوّل کتاب الضّمان عدم تصوّر شغل ذمّتین فصاعدا بمال واحد و قال فی کتاب الغصب لا دلیل علی ذلک فهو ینکر هذا النّحو من الشّغل و یلتزم بانّ خطاب من تلف بیده ذمّی و خطاب غیره شرعیّ و سیتعرّض له المصنّف

[مسأله لو باع الفضولی مال غیره مع مال نفسه:]

قوله (من عدم الاجازه مانع شرعی کلزوم ربا)

فلو باع الفضولی دینارا من ماله مع درهم من مال غیره بدرهمین و دینارین و ردّ مالک الدّرهم صار ثمن دیناره ازید من دینار

قوله (و تقسیط الثّمن علی المجموع فافهم)

یمکن ان یکون إشاره الی جهه الفرق بین الحصّه المشاعه و المعیّنه فانّ فی الثّانیه تختلف الحصّتان فی القیمه غالبا من حیث الجوده او غیرها کالقلّه و الکثره او تعلّق الغرض باحد المالین کما فی حاشیه السیّد الطّباطبائی و یمکن ان یکون إشاره الی عدم الکلیّه فیما ذکره من الحکمین فی المثلی امّا فی المعیّنه فانّ الحصّتین قد تکونان مثلین من جمیع الجهات فیکون الحکم کما فی الحصّه المشاعه و یقسّط الثّمن علی نفس المبیع و یقابل کلّ من حصّتی البائع و الاجنبیّ بما یخصّه و امّا فی المشاعه فانّ الحصّتین قد تختلفان فی القیمه أیضا من حیث القلّه و الکثره و اختلاف الرّغبات فی شراء إحداهما و کذا من حیث تعلّق الغرض باحد المالین لجهه خارجیّه

[مسأله لو باع ما یقبل التملّک و ما لا یقبله کالخمر و الخنزیر صفقهً بثمنٍ واحد، صحّ فی المملوک عندنا]

قوله (لو باع ما یقبل التملّک و ما لا یقبله)

الظّاهر انّه اراد ذلک مطلقا من دون فرق بین ما لا یقبل التملّک شرعا کما فی المثالین و ما لا یقبل التملّک عرفا أیضا کالخنفساء و الحشرات و ما لا یقبل التملّک فعلا و لکن یصلح له شأنا کالحرّ القابل له بالاسترقاق و مقتضی التملّک فیه موجود و لذا یفرض عبدا فی الجنایات الوارده علیه الغیر المقدّره شرعا و یؤخذ من الجانی دیه الجنایه الوارده علی العبد و الدّلیل علی الصحّه فی المملوک و توزیع الثّمن علیه عمومات الصحّه و اللّزوم فی العقود کقوله تع احلّ اللّه البیع و قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

و قوله تعالى إِلّا أَنْ تَكَونَ تِجَارَةً

عَنْ تَرَاضٍ مضافا الى مكاتبه الصفّار لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب البيع فيما يملك و الاجماع المدّعى و ان نوقش فيهما بانّ الموصول فى قوله (ع) ما ليس يملك انّما يفيد العموم اذا لم يكن للعهد و السّؤال حيث وقع عن بيع اموال الغير يصرفه الى المنع عن بيع ما كان مالا للغير و لفظه عندنا كما عن مع صد يحتمل ان يكون إشاره الى مخالفه العامّه لا الى اطباق الاماميّه و لا يعتمدون كثيرا على اجماعات السيّد فى الغنيه و لكنّ الانصاف تماميّه الاستدلال بإطلاق المكاتبه فانّ للانصراف مراتب الاولى ما يوجب هجر المعنى الاوّل او يوجب اشتراک المطلق بين الارسال و بعض الافراد كما فى المنقول بالغلبه فانّه ربما يوجب عدم إراده المعنى المبهم من المطلق بحيث يكون ارادته محتاجه الى القرينه المعتبره فى المجاز كما انّه لو صار موجبا لاشتراكه بين الارسال و المعنى الخاصّ كان محتاجا الى القرينه المعيّنه لاحدهما الثّانيه ما يوجب ظهور اللّفظ فى خصوص بعض الافراد او الاصناف لغلبه الوجود او الاستعمال على نحو يوجب تعيّنه و اختصاصه به الثّالثه ان يكون خصوص الفرد او الصنف متيقّن المراد من دون ان يكون اللّفظ ظاهرا فيه او مختصّا به و يمكن ان يكون غيره مراد أيضا و هذا فيما كان التيقّن منتسبا الى اللّفظ فى مقام التّخاطب بحيث لو القى كلامه الى من ليس عنده شواهد خارجيّه لفهم تيقّن بعض الافراد فى المراد فلو كان خصوص فرد او صنف متيقّنا من كلامه لشواهد خارجيّه كغلبه الوجود او الاستعمال من دون ان يكون اللّفظ ظاهرا فيه لا يكون مضرّا بالإطلاق الرّابعه ما لا يوجب ظهورا فيه و لم يكن متيقّن المراد بل يكون الانصراف الى الفرد أو الصّنف لتعوّد المخاطب به او لانحصار افراده عنده به كما فى بعض اقسام المياه بالنّسبه الى بعض الاشخاص فانّ من شاع عنده استعمال ماء الفرات او ماء البئر او كان الماء الموجود عنده منحصرا فى احدهما ينسبق الى ذهنه اذا قيل له جئنى بالماء هذا الفرد الخاصّ و لكنّ الشّأن فى انّ هذا بدویّ يزول بأدنى تأمّل و ما هو موجب لعدم صحّه حمل المطلق على الارسال و الشّمول هو غير المرتبه الأخيره و امّا هى فلا يكاد يضرّ بإراده الشّياع و السّريان و حمل المطلق على الاطلاق و بالجمله صحّه التمسّک بإطلاق الجواب و عدم الانصراف اللّفظى لا ريب فيه مضافا الى انّ فى العمومات كفايه الّا ان يدّعى انصرافها أيضا عمّا نحن فيه و الّذى يحسم مادّه الاشكال هو انّ المقصود فى المقام اثبات صحّه البيع بالنّسبه الى الجزء المملوک لقوله (ع) فى المكاتبه و قد وجب البيع فيما يملك و لا عهد بالنّسبه الى هذه الجمله فانّ السّؤال كان عن بيع مال الغير فهو على فرض صرفه انّما يكون صارفا بالنّسبه الى الجمله المنفيّه و الأخذ بالعموم فى الجمله الاثباتيّه فى محلّه

قوله (و يكفى هنا

الفرق بالنصّ و الاجماع)

ذكر فى جامع المقاصد بعد الاشكال بانّ العقد وقع على المجموع الّذى لم يمضه الشّارع الاشكال بالنّقض بالشّرط الفاسد و انّ فى الفرق بين فساد الشّرط و الجزء عسرا و هذا ينحلّ الى اشكالين الاوّل انّ اكثر القدماء ذهبوا الى انّ الشّرط الفاسد يفسد العقد و هذا لا يجتمع مع ما ذهبوا إليه فى المقام من صحّه العقد بالنّسبه الى الجزء الّذى يملك فانّ فى المقامين وقع العقد على المجموع و حاصله السّؤال عن جهه التّفريق من حيث الصحّه و عدمها الثّانى انّ اكثر المتأخّرين ذهبوا الى صحّه العقد مع فساد الشّرط و وقوع الثّمن بإزاء المشروط لكن مع الخيار و هذا لا يجتمع مع ما ذهبوا إليه فى المقام من صحّه العقد و توزيع الثّمن فانّ المسألتين تشتركان فى جميع الجهات فامّا ان يجعل تمام الثّمن بإزاء ما يملك كما فى الشّروط و امّا ان يحكم بالتّوزيع فى المشروط أيضا و حاصله السّؤال عن جهه التّفريق بين التّوزيع و عدمه و مع الغضّ عن جواب المصنّف عنهما و ان كان هو من القائلين بصحّه العقد مع فساد الشّرط بانّ الفارق هو النصّ و الاجماع فقد يقال فى الجواب عن الاوّل بانّ العقد فى الشّرط الفاسد مقيّد به لا بمعنى انّه مقيّد بالشّرط بمعنى الملتزم ليلزم منه بطلان العقد مع تخلّف الشّرط الصّحيح أيضا بل بمعنى كونه مقيّدا بالالتزام به ففى الشّروط الصّحيحه القيد و هو الالتزام حاصل لانّ المشروط له مالك لذلك الشّرط على الشّارط حيث انّ المفروض انّ الشّارع امضى ذلك الالتزام بخلاف الشّروط الفاسده فانّ القيد فيها غير حاصل اذ لا يحصل ملكيّه المشروط له لذلك الشّرط و اذا لم يحصل القيد لم يحصل المقيّد و امّا فى الاجزاء فلا تقييد اصلا فلا وجه لكون تخلّفها مفسدا و فيه انّ بيع الاجزاء باعتبار المجموع فى قوّه شرط انضمام كلّ جزء الى اخر و ان قلنا بانّ الانشاء الواقع ينحلّ باعتبار الاجزاء الى إنشاءات متعدّده و لكنّ التّقييد الضّمنى فى كلّ إنشاء حاصل و لاجل ذلك يكون تبعّض الصّفقه موجبا للخيار و لو لم يكن فى الاجزاء تقييد اصلا لم يكن وجه لثبوت الخيار مع تخلّف بعضها و قد يقال بانّ الشّرط الفاسد لا يملكه المشروط له اى لا يصير الشّارط مالكا لالتزام الطّرف لانّ نفس جعل هذا الالتزام على المشروط عليه فاسد مع قطع النّظر عن الملتزم به و هذا بخلاف شرط انضمام الجزء فانّ نفس جعل هذا الالتزام ليس فاسدا بل الملتزم به لا يصحّ الالتزام به لخروجه عن قابليّه التملّك فيصير الاشتراط سببا لتملّك المشروط له الشّرط و يصير فساد المشروط سببا لتحقّق الخيار من باب تعذّره شرعا و بعباره اخرى الشّرط الضّمنى فى المقام كالشّرط المتعذّر الّذى لا يوجب تعذّره الّا الخيار بخلاف الشّرط الفاسد فانّه ليس قابلا للملكيّه اصلا و فيه انّ من الواضح عدم كون الشّرط الضّمنى فى المقام كالشّرط الجائز المتعذّر

بل هو من قبيل الشّرط الفاسد فانّ كلّا من الشّرط الصّريح الفاسد و الشّرط الضمنى الحاصل فى بيع المجموع ممّا يملك و ما لا يملك لا يصيّر المشروط له مالكا لالتزام الطّرف و نفس هذا التّقييد و الالتزام فاسد فكما انّه اذا قال بعتك كذا بكذا بشرط ان تشرب الخمر كان العقد مقيّدا بالتزام شرب الخمر و سلطنته عليه و المفروض انّ الشّارع لم يمض هذا الالتزام و لم يجعل للمشروط له سلطنه على الشّرب و لم يحكم بمالكيّته لهذا الفعل على المشروط عليه فكذا أيضا لو قال بعتك هذا الكتاب و الخمر بكذا كان العقد بالنّسبه الى الكتاب مقيّدا بالتزام ملكيّته للخمر و المفروض انّ الشّارع لم يمض هذا الالتزام و لم يجعل للمشروط له سلطنه على الخمر و لم يحكم بمالكيّته لهذا الالتزام على المشروط عليه فالصّواب فى الجواب ان يقال انّ الشّرط لا يقع بإزاء شى ء من الثّمن بل هو موجب لزياده قيمه المشروط فاذا قيّد به و كان فاسدا و غير ممكن التحقّق فلا وجه لتوزيع الثّمن بل ينحصر الامر بين الذّهاب الى فساد العقد و صحّته مع الخيار و امّا الجزء الفاسد فحيث انّ الثّمن يوزّع عليه و على الجزء الاخر ففساده لا يقتضى الّا فساد العقد بالنّسبه إليه و ردّ الثّمن الّذى وقع بإزائه دون الجزء الصّحيح الّذى يكون قابلا لان يملك و امّا الجواب عن الاشكال الثّانى فبما يجى ء فى الكتاب فى توجيه عدم فساد العقد بفساد الشّرط و هو انّ الشّروط لم يقصد مقابلتها بالثّمن و انّما هى دواع لمقابله المشروط بالثّمن و المقصود هو العقد على المشروط و لا مانع من تأثير العقد بالنّسبه إليه و امّا الاجزاء فهى من اركان العقد و مقوّماته عرفا و العرف يحكم فى انتفاء الجزء بانتفاء المقصود من العقد بالنّسبه إليه بخلاف الشّرط فانّه و ان اخذ قيدا فى المطلوب الّا انّه خارج عنه فى الحقيقه و لا يوزّع عليه الثّمن لعدم كونه مقصودا الّا من باب الدّاعى و الحاصل انّ الشّرط خارج عن حقيقه العوضين و اركان العقد فلا وجه لتوزيع الثّمن عليه بخلاف الجزء

فان قلت اذا كان تخلّف الشّرط من باب تخلّف الدّاعى فاللّازم هو عدم ثبوت الخيار للمشروط له كما هو الحكم فى جميع موارد تخلّف الدّاعى

قلت وجه الفرق انّ الشّروط الدّواعى لا أثر لها ما لم يتعلّق بها الانشاء و أمّا اذا تعلّق بها صريحا او ضمنا كان المشروط له غير ملتزم بالعقد الفاقد لها فيثبت الخيار و لا يكون العقد كذلك فاسدا لعدم كون المفقود من مقوّماته عرفا هذا مضافا الى ما نوجّه به فى البحث عن حكم الشّرط الفاسد صحّه العقد مع الخيار من انّ الشّرط اخذ قيدا فى لزوم البيع لا فى اصله فيما كان الفرد الفاقد لخصوصيّه الشّرط غير مباين لما وقع عليه العقد

قوله (مع انّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى)

فلو تمّ ما ذكروه من الجهاله لاقتضى صرف مجموع الثّمن الى المملوك لا- البطلان و توجّه ح اشكال على المشهور القائلين بالصحّه و توزيع الثّمن فانّ بناء على

الصحّه فى المملوك و عدم صحّه قصد بيع المجموع فى صوره علم المشترى كان المشترى القادم على ضمان المجموع بالثّمن مع علمه بعدم سلامه البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثّمن و اللّازم ح عدم رجوع المشترى بقسط غير المملوك و الجواب عن هذا ما ذكره من الجواب عن الجهاله بانّها انّما جاءت بملاحظه حكم الشّارع و مع قطع النّظر عنه فقصد بيع المجموع امر ممكن عرفا و هو كاف فى تحقّق المعامله على المجموع و هنا اشكال اخر على القائل بالصحّه و تقسيط الثّمن و رجوع المشترى على البائع بالثّمن المقابل لغير المملوك مط و لو كان المشترى عالما و هو انّ هذا الحكم لا يناسب ما ذكروه فى بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثّمن الى البائع لانّه سلّطه عليه مجّانا و يمكن ان يجاب عنه بما ذكر و هو انّ فى الغصب و ان كان الاقدام على الضّمان حاصلا بالنّسبه الى البائع و لكنّ المشترى العالم لم يضمّن البائع الّا بمال الغير فهو قد سلّطه على ماله مجّانا مع ردّ المالك و يقع الثّمن للغاصب لانّه سلّطه على ماله من دون ان يكون له فى مقابله مال و هذا رافع للضّمان غايه الامر ما مرّ من انّ الثّمن اذا كان موجودا له ان يستردّه لانّه لا يقصر عن الهبه المجّانيّه و امّا فى المقام فليس التّسليط مجّانيا لانّ المشترى بذل ماله بازاء ما هو مال عرفا و اقتراحا و يتحقّق المعاوضه و الانشاء المعاملى بما نزّله البائع منزله المال و ساعده المشترى على ذلك و بذل الثّمن بإزائه و المنع الشّرعى و العلم به لا ينافى البناء على خلافه

فان قلت انّ القصد المعاملى يتمشّى حقيقه فى المقام مع العلم اذا كان الضّميمه ممّا يقبل التملّك عرفا و لا يقبله شرعا و امّا مع العلم بانّها لا ماليّه لها عرفا أيضا كالخنفساء و الحشرات فامّا ان يجعل المقابل لها للبائع مجّانا و امّا ان يجعل المجموع بإزاء ما يقبل التملّك لانّه يعلم انّ بعض المبيع ليس مالا لا شرعا و لا عرفا و لا يقع بإزائه ثمن بل ينبغى الحكم بالبطلان حتّى فى البعض المملوك اذا كان البعض الغير المملوك ممّا لا ماليّه له عرفا أيضا فانّه لا يمكن تعيين ما بإزائه من الثّمن فانّ المفروض انّه لا قيمه له اصلا مع انّه قد جعل بإزائه فى المعامله بعضه قطعا حيث قوبل المجموع بالمجموع فلا يمكن معه تعيين ما بإزاء البعض الاخر المملوك أيضا فلا يمكن ان يصحّ بالنّسبه إليه أيضا و اطلاق كلام الاصحاب لا بدّ ان ينزّل على غير هذه الصوره

قلت ضمّ غير المملوك اذا كان على وجه الدّاعى الصرف بحيث لا يكون فى قصد المتعاملين من مقوّمات العقد و لا يكون مأخوذا فى المعوّض على وجه الدّخل فى العوضيّه فلا اشكال فى وقوع تمام الثّمن بإزاء الجزء المملوك و اذا كان على وجه الجزئيّه بان قصدا تعويض المجموع بالمجموع بحيث يكون بعض الثّمن بإزاء ما هو غير المملوك و لا ماليّه له اصلا فقد تقدّم انحلال

العقد الى عقدين مستقلّين و يقسّط الثّمن على المملوك و على غيره على حسب ما اقترحاه من الماليّه لكلّ منهما و الاشكال بانّ القصد المعاملى ليس مجرّد الخيال كتصوّر انياب الاغوال حتّى يمكن تصوّر الماليّه للخنفساء و يفرض كونها مالا في عالم الخيال بل له واقع فى عالم الاعتبار و ذلك يتوقّف على عدّ العرف المبيع مالا ليس بشى ء فانّ الغرض ليس تصحيح البيع بالنّسبه الى ما لا ماليّه له حتّى يكون لهذا الكلام موقع بل الغرض صحّه البيع بالنّسبه الى المملوك و امكان تقسيط الثّمن عليه بما يخصّه فيما اقترحاه للمجموع هذا كلّه مضافا الى النّص و الاجماع

قوله (بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمه الخلّ و الشّاه)

هذا هو الصّواب اذا اخذ العنوان قيدا فى المبيع كما هو الغالب و ذلك لانّ المناط فى ماليّه الاموال هو عناوينها و تخلّف العنوان موجب للبطلان و لو كان المبيع شخصيّا مشارا إليه كما لو باع امه بعنوان انّه عبد و من هنا يقال انّ هذا الفرض خارج عن محلّ البحث فانّ الكلام فى المقام انّما هو فى بطلان البيع بالنّسبه الى البعض من حيث انّه غير مملوك لا من حيث انّه خلاف ما عنون به و القول بانّ العناوين الجنسيّه و ان كانت فى باب البيع هى مناط ماليّه الاموال و تخلّفها موجب لفساد البيع الّا انّها فى باب التّقويم من الدّواعى و تخلّفها لا يوجب تبدّل الموضوع كما فى الحاشيه التّقريريّه خال عن الدّليل و أمّا اذا كان العنوان المأخوذ من الدّواعى و كان المبيع هو الشّخص من غير مدخليّه للعنوان فيه كان اللّازم تقويمهما بقيمتهما الواقعيّه و يحتمل ان يكون اشكال المصنّف ناظرا الى التّفصيل المذكور

[مسأله فى ولايه الأب و الجدّ]

قوله يجوز للاب و الجدّ ان يتصرّفا)

بل يجوز لهما التصرّف فيما يتعلّق بالطّفل و ماله مط الّا الطّلاق للنصّ فيه و الحق به بعضهم فسخ النّكاح و هبه ما بقى من اجل المتعه و الاقرب العدم اقتصارا فى الخروج عن عموم الولايه بمورد النصّ

[مسأله فى ولايه عدول المؤمنين]

قوله (المتعلّقه بنفس ذى المقدّمه فتأمّل

يمكن ان يكون إشاره الى منع كون النّيابه عن الامام (ع) متعلّقه بمقدّمات الفعل كنفسه فانّ الظّاهر من ادلّتها هو كون الفعل بنفسه متعلّقه لها و الحاكم نائب فى نفس التصرّف دون مقدّماته و لا فرق فى الحاكم النّائب عن الامام و سائر الوكلاء فى جواز المزاحمه ما لم يتلبّس بالتصرّف فى نفس الفعل و يكون النّافذ هو التصرّف السّابق و ان سبقه الاخر فى المقدّمات و اذا كان النّيابه فى نفس ذى المقدّمه دون مقدّماتها جاز المزاحمه سواء استندنا الى مثل التّوقيع او الى عمومات النّيابه الّا ان يقال كما مرّ الاشاره إليه انّه لو استندنا الى عمومات النّيابه فالمتيقّن منها صوره عدم المزاحمه و لا ظهور لها فى الاطلاق و يمكن ان يكون

إشاره الى انّ جواز المزاحمه

فى المقدّمات و عدمه المبحوث عنه فى المقام انّما هو بالنّظر الى نفس الادلّه و الّا فاذا كانت المداخله من احدهم و لو فى المقدّمات توهينا لمن سبقه كانت حراما من جهه اخرى

[مسأله يشترط فى من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثمناً أن يكون مسلماً]

قوله (و ممّا ذكرنا يندفع التمسّک للمطلب بالنصّ الوارد)

قد يقال انّ امره (ع) فى النصّ المزبور بالبيع من المسلم و نهيه عن الاستقرار عند الكافر يدلّ بالملازمه العقليّه على عدم تملّك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرّا فهو نظير ما لو قيل ازل النّجاسه عن المسجد فكما يفهم منه حرمه ادخال النّجس فيه كذلك يستفاد من عدم استقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه و ما افاده المصنّف ره من انّ عدم الحدوث تابع لعدم الرّضا بالبقاء فكما انّ عدم الرّضاء بالبقاء لا يدلّ على خروج ملك الكافر عن ملكه بمجرّد اسلام عبده بل هو مجرّد تكليف بعدم الابقاء فكذلك يكون عدم رضاه بالادخال على هذا الوجه ينافى ما نقل عنه فى تقريرات درسه من انّ النّهى الرّاجع الى المسبّب يقتضى الفساد فانّ قوله (ع) و لا تقرّوه عنده يدلّ على ان ليس للكافر ابقاء الملك على ملكه فيكون كذلك فى مرحله الحدوث أيضا اى ليس له احداث الملك المستقرّ و فيه بعد الغضّ عمّا ذكرناه فى صدر الكتاب فى مسئله ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأنا من عدم دلاله النّهى عن المسبّب على فساد المعامله اذا كان جهه الحرمه مبغوضيّه المسبّب انّ بالتأمّل فيما افاده فى المقام يظهر انّه لا ينافى ما نقل عنه من دلاله النّهى عن المسبّب على الفساد حيث يقول و من المعلوم انّ عدم رضاه بالبقاء مجرّد تكليف بعدم ابقائه و باخراجه عن ملكه و ليس معناه عدم امضاء الشّارع بقائه حتّى يكون العبد المسلم خارجا بنفسه شرعا عن ملك الكافر فالمقصود انّ المنهىّ ليس هو المسبّب عن البيع اى الملكيّه فى طرف البقاء بل هو السّلطنه فيحكم فى طرف البقاء بتحقّق الملك و عدم تحقّق السّلطنه و لا ملازمه بين النّهى عن السّلطنه و التصرّف و نفى الملكيّه و لذلك حكموا فى سياق الهدى و ما وجب ذبحه بالتّعيين بالنّذر او بغيره كهدى التمتّع بانّه لا يخرج عن ملكه و ان وجب ذبحه و لا يجوز التصرّف فيه بما يمنع عن نحره

قوله (بل التّحقيق انّه لا فرق بين هذا و بين اجباره)

فانّ مجرّد تسليط البائع على الزام المشترى لا يقتضى صحّه البيع و انتفاء السّبيل و هل هو الّا كالبيع بلا شرط فى انّه يجبر على البيع و لا يخفى انّ هذا بناء على وجوب الوفاء بالشّرط و وقوع العقد فاسدا مع عدم العمل بمقتضى الشّرط و امّا بناء على انّ تخلّف الشّرط يوجب الخيار للمشروط له و له ان يسقط الشّرط فكون البيع مع الشّرط كالبيع بدونه اوضح لعدم الفائده فى الشّرط اصلا و اللّازم ح هو القول بصحّه البيع بلا شرط

لانّه يجبر على البيع

قوله (نعم يحكم بالارش لو كان العبد او ثمنه معيبا)

لانّ ظهور العيب فى احد العوضين يوجب الخيار بمعنى تسلّط ذى الخيار على التّخيير بين الردّ و اخذ الارش و من المقرّر عندهم انّه اذا امتنع او تعذّر احد فردى التّخيير تعيّن الاخر

قوله (و يشكل فى الخيارات النّاشئه عن الضّرر)

لا يبعد ان يق انّ نفى الضّرر حكم شرعىّ كسائر الاحكام و لا فرق فيه بين ان يكون المتضرّر مسلما او كافرا و ليس ما كان من الخيارات مدركه الضّرر كخيار الغبن بالتّقريب الآتى فى الخيارات الّا كخيار المجلس و الحيوان ممّا كان مدركه التعبّد فى عدم الفرق بين مواردهما و الاقدام على نفس الضّرر يوجب رفع الخيار و عدم جريان قاعده نفى الضّرر لا الاقدام على الكفر و قد يتوهّم انّ نفى الضّرر مسوق للامتنان و الكافر ليس اهلا له و لكنّه فاسد لانّ الامتنان فى القاعده و نظائرها من الحكمه لا العلّه

قوله (و ممّا ذكرنا يظهر انّ الثّمن على تقدير البيع)

و حاصل الكلام فى وجهه هو ثبوت الحقّ للبطون اللّاحقه فى العين الموقوفه بعد الخراب و اذا ثبت الحقّ لهم كذلك ثبت لهم فى قيمته أيضا لاقتضاء البدليّه ذلك فلا وجه لترخيص البطن الموجود فى اتلافه و امّا اصل ثبوت الحقّ لهم فلوجود المقتضى و عدم المانع امّا وجود المقتضى فلانّ الكلام فى الوقف المؤبّد و الملكيّه اعتبار عرفى او شرعى يلاحظها المعتبر عند تحقّق اسبابها و كما انّ الموجود مالك له فعلا ما دام موجودا بتمليك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأنا بتمليك الواقف حيث انّه ملّك العين للموجود و المعدوم بانشاء واحد على ترتيب بينهما فى مقام الانتفاع و امّا عدم المانع فلانّه امّا اعتبار استعداد البقاء للملك حتّى يكون عدمه منافيا لتمليك الواقف و ملكيّه اخر البطون و امّا عدم تعقّل الملك للمعدوم و كلاهما مردودان

[القول فى شرائط العوضين]

[مسأله من شروط العوضين: كونه طِلْقاً]

[مسأله لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محقّقاً فى الجمله و محكيّاً]

قوله (و ح فيوضع عند امين حتّى يتمكّن من شراء الخ)

هذا مع القطع بامكان شراء البدل بعد ذلك بل مع الشّكّ أيضا لا بدّ ان يوضع عند امين الى زمان معلوميّه الحال و امّا فى صوره القطع بعدم التمكّن و عدم حصول البدل فالظّاهر جواز دفعه الى البطن الموجود بل يجب مع المطالبه و ذلك لاختصاصه بالثّمن المذكور بعد تعذّر الانتفاع به و ببدله

قوله (الصّوره الثّالثه ان يخرب بحيث يقلّ منفعته)

قـال بعض مشايخنا و هنا صوره اخرى لخراب الوقف خارجه عن الصّور الثّلاث و هى ما اذا تبـدّلت الصّوره النوعيّه العرفيّه للعين الموقوفه بصوره اخرى و ان لم يصـدق عليهـا خراب الوقف على احـد الوجوه الثّلاثه و هو الخراب بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه او الخراب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به او الخراب بحيث

يقلّ منفعته فهـذه الصّوره تعنون بما لو خرب الوقف بحسب الصّوره و الحكم فيها جواز البيع و يـدخل فيها مسئله النّخله المنقلعه فـانّ النّخله الموقـوفه كـانت شـجره مغروسه و عنـد بطلاـن الصّوره النّوعيه العرفيّه بالانقلاـع يرى العرف المـادّه الموجوده مبـانيه للوقف و ليس المنـاط فى العين الموقوفه بـالصّوره العقليّه المشتركه بين الشّـجر و الخشب و لا ينافى جواز البيع فى هـذه الصّوره للمنع فيما لو تبدّل العنوان كدار انهدمت او بسـتان خربت حتّى خرجت عن البسـتانيّه فانّ خراب البناء و الاشـجار لا يوجب تغييرا فى العرصه و قـد كـانت جزء من الوقف و تبـدّل العنوان لا يوجب تبـدّل الصّوره و لعلّ هـذا هو مراد الشّـيخ فى محكىّ الخلاف حيث يقول لاـنّ الوجه الّـذى شـرطه الواقف قـد بطل و لا يرجى عوده هـذا و فيه انّ جواز بيع الوقف بمجرّد تبـدّل الصّوره ما لم يصدق عليه احد الوجوه المتقدّمه ممّا لم يلتزم به احد كيف و لازمه جواز بيع العين فيما لو تبدّلت صورتها النّوعيّه بصوره اخرى تزيد على قيمه الوقف و لم يرض فقيه بذلك فى الخروج عن عمومات المنع

قوله و امّا حبس شخص الوقف فهو لازم لاطلاقه)

فانّ مقتضى اطلاق العقد عند تجرّده عن الشّرط ان يتعلّق الوقف بالعين و تعلّقه ببدلها فى طول تعلّقه بها و يحتاج الى مئونه زائده و هذا نظير قولك اكرم زيدا او عمروا فانّه اذا جرّد عن العطف افاد الاطلاق الوجوب العينى لاكرام زيد و مع التّقييد بالعطف افاد التّخيير ففى المقام مع شـرط الواقف البيع عند الحاجه او المصلحه و التّبديل يكون الحاصل من كلامه حبست هذه العين مع عدم الشّـرط و بـدلها عنـد حصول الشّـرط و لاـ يكون الحبس ح على الاطلاـق بـل يكون حبسـا مقيّـدا و هو كون العين محبوسه عن تصـرّف بعض الموقوف عليهم فيهـا على نحو تصـرّف ارباب الملك المطلق و هنا مظنّه اشـكال بعـد تسـليم كون حبس شـخص الوقف و عدم جواز بيعه ليس من مقتضـياته بل لازم لاطلاقه و هو انّ هذا يصـحّح جواز البيع عند مسوّغات الابدال الشـرعيّه كما تقدّم و امّا تصـحيح شرط الواقف فى متن العقد فلا يكفى ذلك فيه و ان شرط تبديله بوقف اخر لأنّه كيف يمكن إنشاء الواقف حبس مـا لاـ يملك و لو على نحو التخيير و لا يمكن تعلّق الانشاء بالبـدل فليس الوقف الّا عباره عن حبس نفس العين و فيه أوّلا انّ مع شـرط التّبـديل فى العقـد يكون المنشأ حبس الاـعمّ من الخصوصـيّه العينيّه و من ماليّتها لا حبس الخصوصـيّه فقط فيكون العقـد متعلّقا بالجامع بين العين و بـدلها و ثانيا قـد عرفت فى الصّوره الاولى عـدم الحاجه الى صـيغه الوقف فى البدل و انّ نفس البدليّه تقتضى كونه كالمبدل و لعلّه لذلك امر بالتأمّل

قوله (و ان شاء جعله شروى الملك)

شروی کجدوی ای مثله

قوله (و ظاهرها جواز اشتراط البیع فی الوقف)

و یمکن حملها علی الوصیّه فی عین ینبع بالطّریق المذکور الی حین وفات الحسن و الحسین علیهما السّلام و الاخر منهما بجعله وقفا و یجعل تولیته بید رجل من بنی هاشم بحیث لا یباع و لا یوهب و لکنّه بعید و خلاف ما هو الظّاهر منها و لا داعی لتأویلها و حملها علیها بعد ما عرفت من انّ شرط البیع مناف لاطلاق العقد فهو نظیر ما لو شرط فی البیع ان یکون الثّمن مؤجّلا و لیس منافیا لمقتضی العقد نظیر ما لو اشترط فی البیع ان یکون بلا ثمن و فی الاجاره ان یکون بلا اجره و بالجمله یکون شرط الواقف البیع علی قسمین الاوّل ان یشترط التّبدیل بعد البیع و الظّاهر عدم الاشکال فیه رأسا الثّانی بیعه للبطن الموجود و أکل ثمنه و هذا أیضا لا اشکال فیه لوجود المقتضی و هو قوله (ع) الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها و ظاهر الصّحیحه و عدم المانع الّا بناء علی ما اختاره صاحب الجواهر تبعا لبعض الاساطین فی شرحه علی عد من توهّم المنافات و انّ الوقف ما دام وقفا لا یجوز بیعه و قد عرفت منع التضادّ بین مفهوم الوقف و جواز البیع

قوله (و امّا الوقف المنقطع)

لا بأس ببیان حکم الوقف المنقطع فی المقام و قد اضطربت فی المسأله کلمات الاعلام فنقول اعلم انّ من شروط الوقف الدّوام فی الجمله و ذلک لانّه ان ارید منه عدم التّوقیت ببعض ازمنه وجود الموقوف علیه کما لو وقف علی زید او الفقراء فی مدّه عشر سنین فهذا لا خلاف فیه و ان ارید منه ما یقابل الوقف علی من ینقرض غالبا و یسمّی بالتّوقیت بحسب نفس وجود الموقوف علیه کما لو وقف علی زید او علی اولاده و لم یذکر المصرف بعد الانقراض ففیه اقوال أربعه الاوّل البطلان مط و عدم وقوعه وقفا و لا حبسا و صرّح المحقّق الثّانی بوجود هذا القول و استظهره بعض من کلام کلّ من حکم بالبطلان و اطلق الثّانی الصحّه وقفا حقیقیّا کالوقف علی من لا ینقرض و نسب الی الشّیخین و العلّامه فی کره و لف و اکثر الاصحاب بل هو ظاهر من حکم بالصحّه و اطلق بل ینسب الی الاکثر الثّالث البطلان وقفا و الصحّه حبسا حقیقیّا و هو ظاهر کلّ من قال فی العنوان انّه حبس بلفظ الوقف کما عن ابن حمزه فی الوسیله و عن ابن فهد فی المهذّب البارع و غیرهما حیث قالوا انّه یکون سکنی او عمری او حبسا بلفظ الوقف بل ربما نسب الی الاکثر و الی شیخنا المرتضی ره و قد احتمل بعض مشایخنا عدم وجود القائل به و انّ من حکم بکونه حبسا اراد کونه حبسا حکما و وقفا حقیقیّا الرّابع الصحّه وقفا و له بعض احکام الحبس کالرّجوع الی الواقف أو ورثته بعد انقراض الموقوف علیه و هذا مختار جماعه منهم الشّرائع

و الجواهر و مراد كلّ من قال انّه حبس حكميّ ثمّ انّ القائلين بصحّته وقفا حقيقيّا بين من قال برجوعه بعد الانقراض الى ورثه الموقوف عليه كالمحكيّ عن المفيد فى المقنعه و بعض من تاخّر عنه و من قال برجوعه الى ورثه الواقف و من قال بصرفه فى وجوه البرّ و قد جعله فى الغنيه احوط و نفى عنه البأس فى المختلف و لنقدّم امرين قبل بيان هذه الاقوال لتكون على بصيره من حقيقه الحال الاوّل لا ريب فى معقوليّه الملكيّه الموقّته على القول بكونها امرا اعتباريّا سواء كانت مجعوله متأصّله أم انتزاعيّه و امّا على القول بكونها من الاوصاف و الاعراض ففيه اشكال لمكان دعوى عدم تصوّر التّقطيع فى وجود العرض بالنّسبه الى محلّه بالإضافه الى الازمنه فانّ البياض الّذى كان فى الجسم اذا تبدّل فى بعض الازمنه بالسّواد ثمّ تبدّل ذلك أيضا بالبياض استحال ان يكون ذلك عين البياض الّذى كان موجودا قبله بل هو غيره لضروره استحاله اعاده المعدوم فالملكيّه بناء على كونها اعتباريّه تتبع جعل الجاعل و المعتبر و ليس لها وجود مع قطع النّظر عنه و لا محذور فى ارتفاع ملكيّه المالك حين الوقف و حصولها للموقوف عليه بمقدار زمان وجوده فلها التّخصيص بالازمان و أمّا اذا فرضناها من الاوصاف و الاعراض القائمه بالاعيان فلا يعقل تخصيصها بزمان دون زمان بل هى ح تتبع العين فكما انّها لا تتعدّد بتعدّد الازمنه فكذلك العرض القائم بها و يكون الزّمان ظرفا صرفا للوجود و لا يقاس ملكيّه العين بملكيّه المنفعه حيث انّها تابعه للعين ما لم تجعل فى حيّز عقد و امّا معه كما فى الاجاره و غيرها فيجوز التّقطيع فيها لانّ المنفعه كالسّكنى و الرّكوب مثلا يتجدّد بتجدّد الازمان و السّكنى فى زمان غير السّكنى فى زمان اخر و يكون الزّمان فى المنفعه من مقوّماتها بخلاف العين فانّه ظرف لها نعم على القول بعدم بقاء الاكوان يكون حال العين كالمنفعه و لكنّه باطل و لا يتوهّم انّ التّفكيك بين ملكيّه العين و ملكيّه المنفعه انّما يصحّ على تقدير قيام ملكيّه المنفعه بنفسها و هو محال للزوم قيام العرض بالعرض و على تقدير قيامها بالعين يعود المحذور لانّ قيام ملكيّه المنفعه بالعين على نحو قيام المنفعه بها و كما انّ قيامها بها لا يمنع من تعدّدها فكذلك قيام ملكيّتها بها

فان قلت اذا سلّمت قيام المنفعه و ملكيّتها بالعين مع الالتزام بتعدّدهما فلم لا تصحّ ذلك فى الملكيّه القائمه بالعين بلا واسطه

قلت انّما جاء التّفكيك من ناحيه اختلاف كيفيّه القيامين فانّ ملكيّه المنفعه و ان كانت من الاعراض أيضا الّا انّ قيامها بالعين غير قيام مثل السّواد و البياض من الاوصاف فانّ قيامها بها من قيام المظروف بالظّرف و تعلّقه

به بخلاف قيام الملكيّه بلا واسطه بالعين فانّه من قبيل قيام الوصف النّفسانى بموضوعه كالعداله و الشّجاعه و نحوهما و الوجه فى ذلك انّ ملكيّه المنفعه من مقوله الكمّ فيقدّر بالزّمان بخلاف ملكيّه العين فانّها من الكيف و لا يقدّر به و لا يتوهّم ثبوت علقه للمالك غير الملكيّه اقتضت ملكيّته دائما فيقال انّه قد اوجد ما يقتضى حدوث الملكيّه فى وقت ما للموقوف عليه و بعد انقضائه تكون للواقف بنفس السّبب الّذى اقتضى كونها له فى جميع الازمنه لما ستعرف من اتّفاقهم على انّ الوقف امّا إنشاء الملكيّه للموقوف عليه او هى من لوازمه عرفا او شرعا فبالوقف يرتفع على اىّ حال ما يقتضى ملكيّه الواقف و بعد ارتفاعه كيف يؤثّر بالنّسبه الى الملكيّه فى سائر ازمنه وجود العين و قد عرفت انّه لا يقاس بملكيّه المنفعه فانّها و ان كانت مسبّبه عن ملكيّه العين الّا انّه يمكن بقاء ملكيّه العين و نقل ملكيّه منفعتها فبالوقف ينقطع علقه الواقف بالمرّه و لا يمكن بقاء شى ء له الّا بالالتزام بعدم افادته للاخراج فيصير حبسا اذ لا يراد من الحبس الّا عدم انقطاع العلقه بين المالك و العين و بالجمله لا يمكن التّقطيع فى ملكيّه العين الّا بالالتزام ببقاء العلقه و لا علقه وراء الملكيّه و حكمهم فى اللّقطه و بدل الحيلوله برجوع المال الى مالكه الاصلى ليس من التّوقيت بالمعنى المقصود فى المقام و انّما يريدون حكم الشّارع بدخول المال فى ملك صاحبه الاوّلى بسبب جديد و لو كان هو حضوره لا ان يكون دخوله فى ملكه بعد حضوره بنفس سببه الاوّلى

فان قلت اذا استحال الملكيّه الموقّته لزم بطلان الوقف المؤبّد أيضا لانّ كلّ طبقه من الطّبقات فيه انّما يتلقّى الملك عن المالك لا عن الطّبقه السّابقه عليها و هذا بخلاف باب الارث حيث انّ كلّ طبقه انّما يتلقّى عن المورّث الاخير و تلقّى الطّبقه اللّاحقه الملكيّه من الواقف لا يمكن الّا بالالتزام بعدم خروج العين عن ملكه بالمرّه و بقاء علقه له و الّا لم يكن معنى لتلقّى الملك عنه ثانيا و اذا كان ذلك بجعله و انشائه فليكن قوله وقفت على زيد ان كان متعقّبا بقوله ثمّ على الفقراء مقتضيا لملكيّتهم و الّا فليكن مقتضيا لبقاء العين فى ملكه و اىّ فرق بين جعله الزّائد للغير و ابقائه فى ملكه و يرشد الى هذا قولهم بانّ الفرق بين الارث و تلقّى كلّ طبقه فيه من سابقها بخلاف الوقف هو كون القصور فى الاوّل فى المالك و فى الثّانى فى الملك فانّ كلامهم هذا لا يجتمع مع انكار الملكيّه التّعليقيّه

قلت تلقّى الملكيّه فى كلّ طبقه فى المؤبّد و ان كان من المالك و بجعله الّا انّ الاخراج عن ملكه و التّمليك للجميع انّما هو بانشاء واحد لا بتمليكات متعدّده مترتّبه و قولهم بقصور

الملکیّه فی الوقف إشاره الی انّ کلّ طبقه ما دام وجودها تملک فعلا و بعـدمهم یتحقّق الجزء الاخیر من العلّه التامّه لفعلیّه ملکیّه الطّبقه اللّاحقه و هـذا لا ـ یصیر دلیلا ـ علی امکـان الملکیّه الموقّته بالمعنی المبحوث عنه و لعلّه یختلـج فی ذهنک انّ الملکیّه لو کـانت من الا ـعراض کـالسّواد و البیاض و الحلاوه کیف یمکن تقییـدها بوجود غیر العین و لو سـلّم فما الفرق بین الزّمان و غیره حیث یقبـل التّقییـد بغیره بخلاـفه فنقول لیست الملکیّه بنـاء علی انّها من الاوصاف کسائر الاعراض من جمیع الجهات بل تغایرها من جهـات منهـا انّ لها تعلّقین اضافه الی المالک و اضافه الی المملوک بخلاف سائر الاعراض فانّ لها تعلّقا واحـدا و اضافه الی العین لیس الّا و منهـا انّ وجودهـا بجعـل المالـک بخلافهـا و ح له ان یأخـذ فعلیّه وجود الموقوف علیه قیـدا لها کما انّ العصـیر المتّخـذ للتّخلیـل لو صـار خمرا ثمّ تخلّل قـد عرفت فیما تقـدّم انّ الملکیّه فیه ثابته للمالک حال کونه عصـیرا مطلقا ای فی جمیع الازمنه بمعنی جعل الزّمان ظرفا و اذا وجد المانع الشّرعی و هو صیرورته خمرا یحکم بارتفاع فعلیّه الملکیّه حال کونها کذلک و ما تقـدّم و ان کان مبتیّا علی ما هو المختار من کون الملکیّه اعتباریّه و لکنّه معقول و لو مبتیّا علی کونها من الأوصاف و بالجمله التّوقیت بمعنی خروج الملک عن ملک مالکه و تعلیق الحکم بدخوله فی ملک الاخر شـرعا الی حصول شرط فی الوقف المؤبّد و فی ملک المالک الاوّلی الی رفع المانع فی مسئله حقّ الاختصاص غیر ممنوع کما انّه لا مانع من جهه وحده المسبّب و ترکّب السّـبب من وجود المقتضـی و وجود الشّـرط او عـدم المـانع و مـا ینکر هو جواز التّوقیت بـالمعنی المبحوث عنه فقط و هو کون الملکیّه متعدّده بتجدّد الزّمان و کونها فی کلّ زمان فردا خاصّا و تکون من قبیل العامّ المخصّص قابله للاخراج بالنّسبه الی بعض الازمنه و ابقائها بالنّسـبه الی بعضـها الاخر بعـد فرض کونها من الاعراض الّتی لا یتعدّد وجودها بتجدّد الزّمان کنفس العین الامر الثّانی بنـاء علی افـاده الوقف الملکیّه کما هو المشـهور هل هی من جهه کون الملکیّه حاصـله بانشاء الواقف و قصـده من اللّفظ مسـتقلّا من حیث وضع لفظ الوقف لانشاء النّقل فیکون الملکیّه مـدلولا علیها بالمطابقه کما فی البیع و الهبه و الصّـدقه الخاصّه و الفرق انّ المنشأ فی کـلّ منهـا ملکیّه خـاصّه او انّهـا لیست مـأخوذه فی إنشاء الواقف و انّما افادته للملکیّه من جهه تصادق معناه معهـا کمـا فی الصّـلح اذا تعلّق بـالعین او من جهه کونها من لوازم معناه عرفا کان یکون المعنی الاذن فی جمیع التصـرّفات حتّی المتوقّفه علی الملک او من جهه کونها من لوازم معناه شرعا وجهان

و الاوجه هو الثّانى و يدلّك على هذا امور الاوّل ظاهر كلماتهم فى تعريف الوقف لخلوّها من التّمليك و هو بحسب اللّغه يستعمل تاره لازما و اخرى متعدّيا و معناه على الاوّل القيام على الامر دائما و على الثّانى الاقامه كذلك فوقف فلان عن الامر او عليه لازم و وقفت الشّى ء متعدّ و ليس له حقيقه شرعيّه و لا عند المتشرّعه و الغالب فى الرّوايات التّعبير عنه بالصّدقه بل بلفظ الوقف قليل فيها فانّ الصّدقه قد تطلق و يراد بها الاعمّ من الوقف الخاصّ و من اخواته من التّحبيس و السّكنى و العمرى و الرّقبى و قد تطلق على الصّدقه المصطلحه و هى التّمليك للغير تبرّعا بقصد القربه و قد تطلق على الزّكاه بقسميها و قد تطلق على الوقف الخاصّ اى المؤبّد و حدّه المشهور بانّه تحبيس الاصل و اطلاق المنفعه او تسبيل المنفعه كما عن بعض او الثّمر كما عن الاخر و فى الدّروس انّه صدقه جاريه و الظّاهر انّه مجرّد اختلاف فى التّعبير فمن عبّر بالإطلاق تخيّل انّه اظهر دلاله و من عبّر بالتّسبيل اراد متابعه النبوّى (ص) حبس الاصل و سبّل الثّمره كتبعيّه الشّهيد نبويّا اخر فعنه (ص) اذا مات ابن آدم انقطع عمله الّا من ثلاث صدقه جاريه او علم ينتفع به او ولد صالح يستغفر له و كيف كان فلم يأخذ احد فى مفهومه التّمليك الثّانى ما تمسّك به جماعه كالشّيخ و العلّامه على انتقال العين الموقوفه الى الموقوف عليهم من وجود خواصّ الملك فى حقّهم كالحكم بالضّمان لهم و نحوه و ايراد بعض عليهم بانّها لو انتقلت إليهم لجاز لهم بيعها و وطيها الى غير ذلك و جواب آخرين بعدم دلاله الحجر عن بعض التصرّفات على عدم الملكيه كما فى أمّ الولد فانّ هذا كلّه يدلّ على عدم وضع لفظ الوقف عندهم لانشاء التّمليك و الّا فالحرىّ ان يبحثوا من حيث التّبادر و عدمه الثّالث ما صرّح به جماعه فى الوقف المنقطع الوسط من انّه يبطل وقفا و يصير حبسا فانّ ظاهره صيروره نفس المنشأ حبسا و هذا لا يستقيم الّا على القول بوضعه للقدر المشترک بين الوقف الخاصّ و الحبس الخاصّ لانّه يمكن ان يقال ح لو اجتمع شرائط الوقف الخاصّ فى هذا الانشاء يصير وقفا فيلزمه نقل الملك شرعا و الّا يصير حبسا بخلاف القول بوضعه لانشاء النّقل فانّه ح يكون مباينا مع الحبس الخاصّ و لا معنى لصيرورته حبسا بل لا بدّ على هذا التّقدير ان يقال قطع الوسط يكشف عن إراده الحبس من لفظ الوقف مجازا و كذا ما ذكروه فيما لو شرط الواقف عود الملك إليه عند الحاجه من انّه يصحّ الشّرط و يبطل الوقف و يكون حبسا فانّه أيضا لا يستقيم الّا على تقدير وضع اللّفظ للجامع الرّابع شهاده الوجدان بعدم تغاير قصد الواقفين فى الوقف المنقطع وسطه او آخره الّذى حكموا بصحّته حبسا و فى الوقف المؤبّد الّذى حكموا بصحّته وقفا فانّ من الواضح انّه لا فرق بين

من قال وقفت على المسلمين و من قال وقفت على اولادى بطنا بعد بطن فيما هو المقصود من اللّفظ و المدلول عليه من المادّه و هـذا يرشـد الى انّ لفـظ الوقف عنـد العرف و المتشرّعه ليس مأخوذا فى مفهومه التّمليک الخامس اختلافهم فى انّ الوقف يفيد الانتقـال الى اللّه او انّه فـکّ ملـک بنـاء على انّه مغـاير للانتقـال إليه تعـالى او يفيـد الانتقـال الى الموقوف عليه او يفصّل فيه بين الخاصّ و العامّ او يبقى فى ملک الواقف و لا يفيـد الّا تمليک المنفعه شاهد على اتّفاقهم على عدم وضع لفظ الوقف للتّمليک و عـدم کونه من منشأت الواقف و ان ليس الاختلاف المـذکور الّا اختلافا فى اللّازم الشّرعى للمعنى المقصود من اللّفظ و بالجمله دعوى انّ المفهوم من لفـظ الوقف معنى عـامّ يجتمع مع خروج العين عن ملـک الواقف او خروج المنفعه فقط مع اخـذ دوام فيه فى الجمله و هو اعطـاء السّـلطنه و الاختصـاص الاـعمّ من تمليـک العين و المنفعه کمـا هو احـد معانى اللام و ان شـئت قلت انّه التّخليه بين العين و الموقوف عليه بحيث يتصرّف فيها کتصرّف الملّاک فى املاکهم غير التصرّف النّاقل فان تعقّب هذا الانشاء الصّـادر عن الواقف تملّک العين عرفا او شـرعا فى مورد يعبّر عنه بالوقف الخاصّ و الّا فبالحبس الخاصّ غير بعيـده فلفظ الوقف ليس موضوعـا لمعنى يبـاين الحبس بـل کـلّ مورد منه لم يحکم الشّارع فيه بحصول الملکيّه کان حبسا لوجود جميع ما يعتبر فى الحبس فيـه من غير ان يحتـاج الى قرينه کاشـفه عن إراده الحبس الخـاصّ و حکمهم بصـراحه لفـظ الوقـف من غير خلاـف فى الوقف الخـاصّ بخلاف لفظ الحبس حيث ذهب الاکثر الى عـدم صـراحته الّا بضـميمه أبّـدت و نحوه انّما هو من جهه انصـراف مـادّه الوقف الى الوقف الخـاصّ عنـد الاطلاق فانّ الظّاهر منها مط هو إراده الـدّوام فى الجمله المتعقّب للملک بحکم الشّارع لا من جهه وضـعها للوقف الخـاصّ و امّا الحبس فکثيرا ما يسـتعمل فى الحبس الخاصّ فينصـرف إليه عنـد الاطلاق کما انّ اتّفاقهم على عـدم حصول النّقـل و تمليـک العين فى مادّه العمرى و لفظ عمّرتک و اختلافهم فى لفظ الوقف مع انّ الـدّوام بحسب عمر المعمّر عليه مـأخوذ فى العمرى کـالوقف انّمـا هو من جهه ظهور لفظ التّعمير فى بقاء العين على ملک المعمّر بخلاف الوقف فلا يتوهّم انّ بنـاء على ما ذکر فلا تمييز بين الوقف و العمرى و يلزم ان يکون قول الواقف وقفت على زيـد مثلا عمرى و غير مخرج للعين کلفـظ عمّرتـک فتـدبّر هـذا کلّه بناء على المشـهور من افاده الوقف الملکيّه و التّحقيق انّ الوقف حتّى الخاصّ منه المقابل للحبس کما لا يکون التّمليک مأخوذا فى حقيقته لا يکون من لوازمه أيضا فالوقف

الخاصّ كما لا يكون مأخوذا فى حقيقته تمليك المنفعه او مع العين الموقوفه و لا هو مساوق له خارجا لا يكون من لوازمه عرفا و احكامه شرعا فى جميع موارده لعدم ثبوت دليل عليه و لم نظفر بحسب وسعنا على ما يؤمى إليه اصلا نعم فى بعض الاوقاف يكون كذلك و اختلاف الاوقاف فى افاده الملك للمنفعه او مع العين او الفكّ او استحقاق الانتفاع انّما هو بسبب اختلاف الموقوف و الموقوف عليه شخصا وجهه نعم غايه الامر انّ الوقف اذا كان مؤبّدا يلزمه الخروج عن ملك الواقف لأنّه اذا كان ممنوعا من التصرّف فى العين و المنفعه لا يبقى له تعلّق بها و لا يعتبر العقلاء بقاء ملكيّته و لا ضير فى صيرورته بلا مالك لانّه بعد الوقف و خروجه عن ملكه لا يصدق عليه الملك حتّى يمتنع كونه بلا مالك بل يكون مالا بلا مالك كما فى المال المعرض عنه قبل ان يتملّكه احد فانّه مال و لا مالك له بعد الاعراض نعم اذا قصد بقاء العين على ملكه مع كونها وقفا فللقول ببقائها على ملك مالكها و ان لم يكن له منفعتها ابدا و ترتّب عليه آثار ملكيّته مجال فت و امّا الوقف المنقطع الاخر فهو كما افاده السيّد الطّباطبائى ره زوال ملك الواقف فيه بالمرّه غير معلوم بل هو امّا باق على ملكه كما فى الحبس و يكون هذا القسم من الوقف حبسا فى المعنى و امّا خارج عن ملكه مدّه كونه حبسا و يرجع إليه بعدها اذا تقدّم هذا فاعلم انّه قد استدلّ للبطلان رأسا بوجوه احدها الاصل ثانيها انّ التّأبيد شرط فى الوقف و اذا علّق على من ينقرض انعدم الشّرط فكذا المشروط ثالثها انّه وقف على مجهول لانّه منقطع و هو باطل بالاجماع و الاخبار و يجاب عن الاوّل بما ستعرفه من دليل الصحّه و عن الثّانى بانّ العمومات تعاند هذا الشّرط و الاجماع قائم على اعتباره فى قبال التّوقيت ببعض ازمنه وجود الموقوف عليه و هو غير نافع فى المقام مع انّه لو تمّ فهو اخصّ من المدّعى لانّ مقتضاه البطلان وقفا و المدّعى هو البطلان رأسا و عن الثّالث فمضافا الى ما ستعرف من دلاله الاخبار على صحّته و كونه من الوقف المعلوم بمنع كونه مجهولا امّا ابتداء فظاهر و امّا بالنّسبه الى بعد الانقراض فلا وقف حتّى يتّصف بالمعلوميّه او المجهوليّه مع انّه اخصّ من المدّعى أيضا فانّ الاخبار تدلّ على بطلان الوقف المجهول لا الحبس كذلك و قد يستدلّ بانّ التّأبيد مأخوذ فى مفهوم الوقف و استعماله فى غيره يحتاج الى قرينه و هى مفقوده و يجاب بالمنع عن اعتبار التّأبيد فى مفهومه أوّلا و بمنع فقد القرينه ثانيا اذ التّعليق على من ينقرض غالبا قرينه عرفا و امّا القول بالصحّه وقفا حقيقيّا فاستدلّ له بوجوه الاوّل اصاله عدم الاشتراط و اصاله

الصحّه و يظهر من لـک و بعض اخر التمسّک بها من غير ارجاعها الى العمومات و هو كما ترى الثّانى ما عن كره من انّ الوقف نوع تمليك و صدقه فيتّبع اختيار المالك فى التّخصيص بالازمان كما يتّبع اختياره فى التّخصيص بالاعيان ه و هذا ان كان راجعا الى التمسّک بالعمومات و دليل السّلطنه فستعرف الكلام فيه و الّا فهو مجرّد دعوى بلا دليل الثّالث ما عنها أيضا و هو انّ تمليك الأخير لو كان شرطا فى تمليك الاوّل لزم تقدّم المعلول على العلّه ه بيان الملازمه ان ملكيّه الطّبقه اللّاحقه معلوله لملكيّه الاولى فاذا كانت شرطا فى وجودها لزم تقدّم الشّرط على المشروط و قد اجاب عنه فى لک و غيرها بما لا يخلو عن نظر و الصّواب فى منع الملازمه ان يقال انّ ملكيّه كلّ طبقه معلوله لانشاء الواقف فلو قيل باشتراط الدوام فى تأثير انشائه للملكيّه لم يلزم ذلک الرّابع ما دلّ كتابا و سنّه على لزوم الوفاء بالعقود و تسلّط النّاس على اموالهم و لا اشكال فى التمسّک بهذه العمومات فى ردّ القول بالبطلان رأسا و امّا التمسّک بها على الصحّه وقفا بمعنى خروج الملك عن ملك الواقف فهو مبنيّ على كون الوقف موضوعا لانشاء التّمليك فانّ مقتضى العمومات ح بعد الشّک فى اشتراط الدّوام فى صحّه الوقف و ترتّب الاثر المقصود منه عليه هو العدم و امّا بناء على تبادر الجامع منه و وضعه له و انّ مقصود الواقف ليس الّا ذلک فلا تدلّ على الصحّه وقفا بالمعنى المقصود لانّ هذه العمومات انّما تحكم بامضاء قصد العاقد و ترتّبه عليه و على تقدير انّ مقصوده الجامع لا معنى للحكم بالخصوصيّه الغير المقصوده بل مقتضاها بضميمه اصاله بقاء الملک او من دونها من حيث عدم تعقّل خروج مال عن ملك المالك بلا سبب هو الصحّه حبسا حقيقيّا لانّ الحبس لا يحتاج الى إراده خاصّه من الواقف فانّ الملكيّه ح حكم شرعيّ يتبع ثبوته حكم الشّارع ففى كلّ مورد حكم بثبوتها حكم بالوقفيّه و فى كلّ مورد لم يحكم بها ترتّب الاثر المقصود على العقد من دون الملكيّه و هو عين الحبس و دعوى انّ الوقف مأخوذ فى مفهومه الدّوام و معه لا وجه للتمسّک بالعمومات ممنوعه بما مرّ من منع اخذ الدّوام بالمعنى المدّعى فى مفهوم الوقف و غايته ظهوره فيه من باب الاطلاق و يرتفع مع القرينه و هو التّقييد و بما ذكرنا من عدم وضع لفظ الوقف لانشاء التّمليك او للخروج عن الملك تعلم أيضا عدم استقامه التمسّک لهذا القول بما فى الكافى محمّد قال كتب بعض اصحابنا الى ابى محمّد عليه السّلام فى الوقوف و ما روى فيها فوقّع (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها إن شاء اللّه بناء على جواز التمسّک به فيما لو شکّ فى صحّه

الوقف و عدمها بان يكون المراد يجب العمل بها على الكيفيّه الّتى قرّرها الواقف لا ما احتمل ضعيفا من كون المراد انّ الوقوف يجب ابقائها اذ لا فرق ح بين هذه الرّوايه العمومات الّا من جهه العموم و الخصوص و قد يفرّق بينهما من جهه اخرى و هى انّ العمومات تشمل العاقد و غيره ان لم تكن مختصّه بالاوّل و هذه ظاهره فى خصوص الغير و هذا الفرق على تقدير ثبوته لا دخل له بالمقام و هذا مع الغضّ عن مورد الرّوايه و ستقف على الكلام من جهته و ذهب المحقّق المولى محمّد كاظم الخراسانى طاب ثراه الى الصحّه وقفا و قال ما هذا لفظه و تحقيق الحال يستدعى تمهيد مقال و هو انّ الوقف و ان كان بحسب الحقيقه لغه و شرعا حبسا لا تمليكا متفصّلا بالحبس و لا مساوقا له خارجا لاحتمال ان لا يكون معه تمليك اصلا او كان مختلفا تمليكا و تفكيكا حسب اختلاف الاوقاف خاصّا و عامّا على اختلاف الاقوال فكيف يكون تمليكا بحسب الحقيقه او مساوقا له خارجا مع اختلافهما مفهوما كما فى الصّلح عن عين مجّانا او بالعوض فانّه و ان لم يكن بحسب المفهوم تمليكا لها الّا انّه ملازم له خارجا كما لا يخفى الّا انّه عباره عن المرتبه العليا الّتى هى الحبس المستتبع لمنع الواقف من التصرّفات و التقلّبات فى العين بل منع الموقوف عليه منها الّا ما يتعلّق بمنفعتها كالاجاره و نحوها بخلاف الحبس بالمعنى الاخصّ فانّه لا يكون الّا مرتبه كانت دونها و هى لا تستتبع الّا المنع عن التصرّف فى المنفعه دون العين فالوقف و الحبس و ان كانا مشتركين فى كونهما حبسا الّا انّهما متفاوتان مرتبه و لاجل ذا مختلفان حكما كما هو الحال فى الايجاب و الاستحباب فانّهما مع اتّحادهما بحسب حقيقه الطّلب كانا مختلفين فى الحكم لاجل تفاوتهما فى مرتبته كما لا يخفى مع انّ اختلافهما فى المنع عن التصرّفات فى احدهما مع اتّفاقهما فى مرتبه الحبس بحسب قصد الواقف لمجرّد اختلافهما فى التّقييد بالتّأبيد و عدمه بعيد جدّا الى ان قال اذا تمهّد هذا ظهرت صحّه القول الاوّل و هو صحّه الوقف على من ينقرض وقفا اذ المفروض انّ الواقف قصد كما اذا وقف على من لا ينقرض فاذا صحّ حسب ما هو قضيّته عموم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها صحّ وقفا لا حبسا قلنا بانّ الوقف خصوص حبس او انّه تمليك مخصوص متفصّل بالحبس كما ظهر بطلان القول بصحّته حبسا بتوهّم انّه لا تفاوت بين الوقف و الحبس الّا التّقييد بالتّأبيد و عدمه و الغفله عن التّفاوت بينهما بالمرتبه و انّ الوقف هو الحبس المطلق و لذا صار ممّا لا يجوز للواقف شرعا التصرّف فيه بنحو و لا يورّث بخلاف الحبس فانّ له التصرّفات الغير المنافيه لاستيفاء المحبوس عليه المنفعه و يورّث انتهى و قد خلط ره بين الوقف المؤبّد

و المنقطع فانّ المسلّم من المرتبه العليا من الحبس المستتبع لمنع الواقف من التصرّفات فى العين انّما هو فى الوقف المؤبّد و امّا مجرّد لفظ الوقف و لو فى المنقطع فلا دليل على انّ المفهوم منه و الموضوع له هو تلك المرتبه و قد عرفت بما لا مزيد عليه دعوى انّ المفهوم من لفظ الوقف معنى عامّ غير مباين للحبس نعم ينصرف لفظ الوقف عند الاطلاق الى الوقف الخاصّ و هو المرتبه العليا لا انّ اللّفظ موضوع لذلك فالوقف بقول مطلق هو مطلق الحبس الشّامل للوقف الخاصّ و الحبس كذلك لا انّه حبس خاصّ و هو المطلق منه المقابل للحبس الخامس ما قيل من انّ الوقف على من ينقرض وقف قطعا و كلّ وقف ناقل اجماعا و هذا ان اريد به انّه إنشاء تمليك فالصّغرى ممنوعه و ان اريد به الجامع فالكبرى السّادس الاخبار الخاصّه منها صحيحه ابن مهزيار قال قلت له روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السّلام انّ كلّ وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثه و كلّ وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثه و أنت اعلم بقول آبائك عليهم السّلام فكتب (ع) هو هكذا عندى و منها صحيحه الصّفار كتبت الى ابى محمّد (ع) اسأله عن الوقف الّذى يصحّ كيف هو فقد روى انّ الوقف اذا كان غير موقّت فهو باطل مردود على الورثه و اذا كان موقّتا فهو صحيح ممضى و قال قوم انّ الموقّت هو الّذى يذكر فيه انّه وقف على فلان و عقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث اللّه الارض و من عليها قال و قال آخرون هو موقّت اذا ذكر انّه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين الى ان يرث اللّه الارض و من عليها و الّذى هو غير موقّت ان يقول هذا وقف و لم يذكر احدا فما الّذى يصحّ من ذلك و ما الّذى يبطل فوقّع (ع) الوقوف بحسب ما يوقفها اهلها إن شاء اللّه تعالى وجه الدّلاله انّ الصّحيحه الثّانيه تدلّ على صحّه الوقف على من ينقرض غالبا فانّه احد تفسيرى الموقّت الّذى حكم (ع) بصحّته و غرضه (ع) هو صحّه كلّ ممّا ذكر فيه من الموقوف عليه من ينقرض و ما ذكر فيه منه من لا ينقرض و عدم الاحتياج الى ذكر ما كان شرطا ذكره على التّفسير الاوّل بل قد يقال بدلاله قوله (ع) الوقوف الخ على صحّه كلّ وقف حتّى المجهول و غير الموقّت بالتّفسير الأخير لكنّه ساقط مردود من حيث عدم صدق الحسب عليه و من ظهور قوله (ع) فى امضاء الموقّتين بالتّفسيرين و عدم امضاء ما يقابلهما لانّ ظاهر قول السّائل فقد روى هو المشار إليه فى صحيح ابن مهزيار الّذى حكم فيه بفساد الوقف المجهول و قد سئل فى الكتاب عن المراد من

الوقف المعلوم و المجهول الّذين روى عن الأئمّه ما يدلّ على حكمهما بعد اختلاف اصحاب الحديث فى تفسيرهما مضافا الى انّ العقد لا يتحقّق الّا بذكر متعلّقاته و الموقوف عليه هو العمده منها فكيف يتحقّق الوقف بدون ذكره و كيف كان لا اشكال فى دلاله الرّوايه على صحّه الوقف على من ينقرض غالبا و يظهر منها تفسير صحيحه ابن مهزيار و انّ الموقّت عباره عمّا ذكر فيه الموقوف عليه فكلّ ممّا ينقرض فيه الموقوف عليه و ما لا ينقرض موقّت الى وقت معلوم و كلّ ما لم يذكر فيه الموقوف عليه فهو جهل مجهول باطل و لا يخفى انّ الصّحيحه الاولى تدلّ على كلّيتين و هما انّ كلّ وقف الى وقت معلوم صحيح يجب على الورثه الالتزام به و العمل بمقتضاه و كلّ وقف الى غير وقت معلوم الّذى وصفه فى الرّوايه بجهل مجهول باطل و لا دلاله لها على موضوع الوقف و يتوقّف الاستدلال بها على حصول الملكيّه على احراز ذلک من الخارج فحالها حال العمومات و مثله الكلام فى الصّحيحه الثّانيه فانّ منها يظهر مضافا الى الكبريين صغريان و هما انّ الموقّت ما ذكر فيه الموقوف عليه كان دائميّا او ممّن ينقرض غالبا و غير الموقّت ما لم يذكر احدا و من الواضح انّ هذا كلّه لا دخل له فى بيان معنى الوقف و الاستدلال بها أيضا يتوقّف على احراز كون إنشاء التّمليک مأخوذا فى مفهومه من الخارج و بالجمله لا شهاده فيهما على انّ المراد هو الوقف التّمليكى و لا اشكال فى دلالتهما على عدم البطلان رأسا هذا كلّه فى أصل دليل الصحّه وقفا فى مقابل القول بالبطلان و القول بالصحّه حبسا حقيقيّا و قد عرفت انّ القائلين بالصحّه وقفا اختلفوا فى حكمه بعد الانقراض على اقوال ثلاثه احدها الرّجوع الى الواقف او ورثته حين الموت او الانقراض ثانيهما الرّجوع الى ورثه الموقوف عليهم ثالثها الصّرف فى وجوه البرّ و دليل الاوّل امور الاوّل ما يظهر من جماعه و هو انّ الواقف انّما اخرج العين عن ملكه بقدر بقاء الموقوف عليه فعبده لا مقتضى للخروج عن ملكه و يبقى فيه من جهه التّخصيص فانّ المفروض صحّه الوقف على من ينقرض و صحّه كلّ عقد عباره عن ترتّب اثره عليه بمقدار مدلوله و ليس المدلول فى المقام الّا حبس العين و تمليكها للموقوف عليه على وجه لا يتعدّاه الّا بتعديه الواقف كما يشهد به الانتقال من كلّ طبقه سابقه الى لاحقتها الّتى جعلها الواقف مرتّبه عليها لا الى وارث السّابقه فلا مخرج عن ملک الواقف الّا بمقدار مدلول صيغه الوقف الثّانى اقتضاء العلقه الباقيه للواقف للرّجوع الى ملكه بعد الانقراض و فيه انّ بناء على افاده صيغه الوقف لانشاء التّمليک ينقطع علقه الواقف رأسا كما

مرّ الثّالث ما يستفاد من الجواهر فانّه كما استدلّ بالصّحيحتين المتقدّمتين على صحّه الوقف المنقطع و افادتهما ملكيّه الموقوف عليه ما دام موجودا استدلّ بهما على بطلان الوقف بعد الانقراض و رجوعه الى ورثه الواقف قال قدّس سرّه بل هما يعنى الصّحيحين ظاهران او صريحان لمن وهبه اللّه قريحه نقّاده فى انّ كلّ وقف موقّت صحيح و كلّ وقف غير موقّت باطل مردود على الورثه ففى مثل المفروض هو موقّت ما دام الموقوف عليه موجودا و غير موقّت اذا انقرضوا فيثبت له حكم كلّ منهما من الصحّه و الفساد ضروره انّ قوله (ع) فى الصّحيح الاوّل هو كذلك عندى تقرير للكلّيتين المفسّرتين بالصّحيح الاخر الّذى هو كالصّريح فى صحّه الوقف بالتّفسير الثّانى منهما و هو مفروض مسئلتنا فالجمع بينهما ح نتيجه ما ذكرناه بل من قوله على حسب الخ يستفاد أيضا اعتبار الموقوف عليه فى الصحّه و الّا لم يدخل تحت المصداق الظّاهر للفظ حسب هنا كما انّ منه يستفاد تأثير عقد الوقف بالنّسبه الى نقله العين و المنفعه على حسب ما تضمّنه العقد و ما زاد عليه ممّا لم يكن فيه موقوف عليه هو من غير الموقّت الّذى حكم ببطلانه و رجوعه الى الوارث بل لا يخفى ظهور قوله (ع) فى الصّحيح الاوّل باطل مردود على الورثه فى نحو المفروض لظهور الردّ فى ذلك و كذا الورثه اذ لو كان المراد خصوص الباطل من أوّل الامر لكان الردّ فيه على الواقف الّذى لم ينتقل عنه حتّى يردّ عليه ه و فيه أوّلا انّ هذا الاستدلال فى غير محلّه اذ لا وقف بالنّسبه الى زمان الانقراض حتّى يقال انّه معلوم او مجهول و العجب انّه استدلّ بالكليّه الثّانيه لبطلان الوقف بالانقراض و الرّجوع الى ورثه الواقف و اجاب عمّن استدلّ لبطلان الوقف فى المقام بانّه يكون وقفا على مجهول و هو باطل بما هذا لفظه و فيه انّ المجهول ان اريد به بالابتداء فظاهر فساده و ان اريد به بعد الانقراض فليس هناك موقوف عليه اصلا فلا يحكم عليه بالجهاله اذ بعد انقراضه يبطل الوقف و يصير موروثا كما عرفت ه فراجع كلاميه و ثانيا انّ لازم ما ذكره من تطبيق قوله (ع) باطل مردود على الورثه على المفروض و هو الوقف على من ينقرض ان لا يدلّ على بطلان الوقف الّذى لم يذكر فيه الموقوف عليه اصلا او يلتزم باستعمال اللّفظ فى المعنيين الحقيقى و المجازى ثمّ انّه يظهر من جماعه التمسّک بالعمومات للرّجوع الى الواقف بعد الانقراض و فيه انّ الواقف لو قصد الوقفيّه و قصد الرّجوع إليه بعد الانقراض فلا اشكال انّه من الحبس لو قصد بقاء العين على ملكه و من الوقف لو قصد تمليک العين الى حال الانقراض و مفروض

المسأله هو ما لو قصد الوقفيّه بحسب وجود الموقوف عليه من دون إنشاء و قصد للرّجوع إليه بعد الانقراض و الغايه دلاله العمومات على صحّه هذا الاخراج و عرفت الكلام فيه و امّا حكم ما بعد الانقراض فلا دلاله لها عليه ثمّ لا يخفى انّ بناء على الرّجوع الى ورثه الواقف مع فقده هل يرجع الى ورثته حين انقراض الموقوف عليه باعتبار صيرورته بحكم ماله فى ذلك الوقت فلا مدخليّه للوارث السّابق الّذى كان وارثا للمال الّذى هو للميّت حال موته او الى وارثه حين الموت باعتبار تأهّل الميّت لصيرورته ملكا له بانقراض الموقوف عليه لانّ الملك انّما خرج عنه متزلزلا و هذا التأهّل ينتقل الى وارثه لانّ كلّ ما هو له يكون لوارثه فهو ح كفسخ المشترى بخياره بعد موت الميّت بمدّه فانّه يكون المبيع للوارث الاوّل و لو لأنّ انتقال المبيع عنه كان متزلزلا بفسخ المشترى اذ هو هنا كذلك قد انتقل المال عنه متزلزلا و تظهر الفائده فيما لو وقف على ولديه ثمّ مات و بعد موته مات احد الولدين عن ولد قبل الانقراض فعلى الاوّل يرجع الى الولد الباقى لانّه الوارث حين الانقراض و على الثّانى يشترك معه ابن اخيه لتلقّيه من ابيه و فى الجواهر و لعلّ الثّانى منهما لا يخلو عن قوّه و ان امكن الفرق بين المشبّه و المشبّه به بوجود الثّمن فى البيع الّذى ملكه البائع متزلزلا و الفسخ يقتضى ردّ العوض بخلاف المقام الّا انّه فرق لا ينافى ما ذكرناه من القوّه الّتى مبناها تناول ادلّه الارث لمثل ذلك ه و دليل الثّانى هو كون العين الموقوفه ملكا لمورّثهم و يوجّه ذلك بانّ مقتضاه هو الانتقال بعد موته الى ورثته بادلّه الارث و لا مانع الّا دعوى كونها وقفا و لا يورّث و هى بإطلاقها ممنوعه و انّما المسلّم من ذلك هو المؤبّد من حيث تعلّق حقّ الغير بالعين و هو مفقود فى المقام و منه يندفع ما يقال انّ الملك الحاصل بالوقف ليس كالحاصل بسائر الاسباب بل فيه قصور يمنع عن التّوريث و يرد عليه أوّلا انّ المورّث و هو الطّبقه الاخيره من الموقوف عليهم انّما ملك العين بالفرض بنوع من الملكيّه يباين نوع الملك القابل للتوريث و الواقف انّما ملّكه بهذا النّوع و لذلك كان كلّ طبقه يتلقّى الملك عن الواقف و لم ينتقل من الطّبقات السّابقه الى ورثتهم او الى الطّبقه التّاليه و ليست العين داخله فى تركه الطّبقه الاخيره حتّى تشمله ادلّه الارث و ثانيا كيف يحكم بالانتقال الى الوارث بالملكيّه التامّه بحيث يجوز له بيعه مع انّ هذا لم يكن لمورّثه و الدّفع بانّ عدم ثبوت ذلك له انّما كان من اجل المنع الشّرعى لا من اجل قصور فى ملكيّته كما ترى و قد تقدّم فى المتن انّ اطلاق الوقف يقتضى عدم جواز بيعه و انّه من اوصاف نوعه و قد يعرض ما يجوّز المخالفه كما فى الموارد المستثناه و قد تمسّک فى الحاشيه التّقريريّه لبحث الاستاد المرحوم النّائينى طاب

ثراه للرّجوع الى ورثه الموقوف عليه بما هذا لفظه مقتضى ما ورد فى صدقه امير المؤمنين (ع) و هو الصّحيحه المرويّه فى الكافى المتقدّمه فى المتن هو انّه بعد الانقراض ينتقل الى ورثه الموقوف عليه و ذلك لانّه (ع) جعل الخيار لابى محمّد الحسن (ع) فى ابطال الوقف و صرف ثمنه لنفسه دون شراء بدله و ذلك يكشف عن تملّكه ملكا تامّا لا حقّ للواقف عليه نعم لو لم يبعه ينتقل الى غيره بعد وفاته فاذا انقرض قهرا و بطل الوقف ينتقل ممّن انقرض الى وارثه لانّه صار مالكا بالاستقلال من دون تعلّق حقّ عليه من الواقف لفرض انتقاله منه الى الموقوف عليه و لا من الطّبقه الاخرى لفرض عدمهم فرجوعه الى المواقف او ورثته او الى سبيل اللّه لا وجه له الى ان قال و بالجمله فالاقوى انّه بعد انقراض الطّبقات ينتقل الى وارث الطّبقه الاخيره و انقراض الموقوف عليه ليس من مصاديق الوقف الغير الموقّت الّذى ورد فى الصّحيح انّه باطل مردود الى الورثه اى ورثه الواقف ه و فيه انّ الرّوايه انّما هى فى مورد شرط الواقف و جعل الخيار للموقوف عليه فى ابطال الوقف و صرف ثمنه لنفسه و اين هذا من الانقراض قهرا فى الوقف المنقطع الّذى عرفت انّه لا تمليك فيه بل لا خروج فيه عن ملك الواقف و على فرض التّمليك انّما يكون من التّمليك الموقّت اذ لا مخرج عن ملك الواقف الّا بمقدار مدلول صيغه الوقف نعم فى مورد الرّوايه تصحيحا لوقوع المعاوضه فى مال الموقوف عليه اذا أراد البيع لنفسه يقدّر الملكيّه التامّه له آنا ما و اين هذا من الدّلاله على انّ من انقرض من الموقوف عليهم ملك الوقف ملكا تامّا حتّى ينتقل الى وارثه و دليل الثّالث احد امرين الاوّل بقاء العين وقف من دون ذكر المصرف فيصرف فيها و ذلك لانّ الواقف قد اخرج العين عن ملكه و لا وجه للرّجوع الى ورثه الموقوف عليهم لعدم المقتضى له لا من جهه الوقف لعدم تمليك الواقف لهم بالفرض و لا من جهه ادلّه الارث اذ لا إرث فى الوقف فهو وقف انتهى مورده و يجب صرفه فى وجوه البرّ نظير الوقف على مصلحه بطل رسمها الثّانى انّه مال مجهول مالكه و لو من حيث الادلّه الشرعيّه لعدم دليل بالخصوص يعيّن مالكه و كلاهما كما ترى ضروره عدم صحّه بقائه وقفا بعد فرض انّ الواقف لم يقصد بوقفه الّا على خصوص المفروض انقراضهم فبقائه وقفا و صرفه فى ذلك مناف لقصد الواقف و لا وجه لانكار الرّجوع الى ورثته و القياس بالوقف على مصلحه فى غير محلّه لانّ الموقوف عليهم حقيقه فى المقيس عليه المسلمون و الصّرف فى وجوه البرّ يرجع إليهم غايه الامر انّ غرض الواقف قد تعلّق بالخصوصيّه من باب تعدّد المطلوب

بخلاف المقام فانّ المفروض انقراض الموقوف عليهم و لا معنى للحكم ببقاء الوقف على وقفيّته و امّا دعوى كونه مجهول المالك شرعا فيدفعها ما عرفت من انّ الواقف انّما اخرج العين عن ملكه بالفرض بقدر بقاء الموقوف عليه و امّا القائلون بالصحّه حبسا فلهم طرق الاوّل ما قدّمناه من دعوى وضع لفظ الوقف لمعنى يجامع ملكيّه العين و عدمها و فى كلّ مورد قام الدّليل الشّرعى على حصول الملكيّه كما فى المؤبّد يحكم بها و الّا فلا كما فى المقام و مع الشّك فمقتضى الاستصحاب بقائها على ملك الواقف و مقتضى العمومات و غيرها ممّا تقدّم هو صحّه إنشاء المفهوم الجامع و هذه الدّعوى و ان كانت غير بعيده لكن ظاهر كلمات جماعه مخالف لها الثّانى ما يظهر من جماعه منهم المحقّق القمىّ ره من دعوى كون اللّفظ و ان كان موضوعا لانشاء الوقف الخاصّ الّا انّ جعله على من ينقرض قرينه على إراده الحبس امّا لعدم صحّه التّوقيت و لو بحسب وجود الموقوف عليه و امّا للمنافات العرفيّه من حيث اخذ الدّوام فى مفهوم الوقف الثّالث ما يظهر من بعض آخر و هو دعوى وضعه للجامع و الحكم بتحقّق كلّ من الفردين و ارادته يحتاج الى القرينه فان أطلقه انصرف الى الوقف بالمعنى الأخصّ و ان قيّده بما ينقرض صار قرينه على إراده الحبس و انت بعد الاحاطه بما فصّلناه تعلم انّه لا محيص من القول بالرّجوع بعد الانقراض الى الواقف و ورثته سواء قلنا بكونه وقفا او حبسا و امّا الجزم باحد القولين من كونه وقفا حقيقيّا او حبسا كذلك ففيه اشكال و ان كان الثّانى منهما لا يخلو عن قوّه لما عرفت من عدم معلوميّه زوال الملكيّه فيه و الخروج عنهما انّما يجى ء من قبل التّأبيد و على الخروج لا دليل على انّ إنشاء الوقف يفيد التّمليك و لو قلنا به فهو يخرج عن ملك الواقف بالمقدار المذكور فى الصّيغه

فائده قد تقدّم انّ التّوقيت فى الوقف ببعض ازمنه وجود الموقوف عليه يبطله بلا خلاف فلو علم قصد الوقفيّه من الصّيغه المقيّده بمدّه معيّنه كعشر سنين فسدت قطعا و لو علم إراده الحبس منها او قام دليل معتبر عليها لم يكن اشكال فى الحكم بالصحّه حبسا و هل يحكم بصحّه الانشاء المذكور حبسا لو لم يعلم قصد الوقفيّه فيه اشكال و ذلك لانّ الصحّه كذلك امّا من جهه صيروره نفس الانشاء حبسا بدعوى كون لفظ الوقف مشتركا بين الحبس و الوقف الخاصّ المأخوذ فيه الدّوام و اذا لم يقرنه بمدّه انصرف اطلاقه الى الحبس الدّائم الّذى يلزمه التّمليك و هو الوقف الخاصّ و ان قرنه بها كان حبسا او كاشفا عن ارادته و قد اوضحنا هذه الدّعوى بما لا مزيد عليه و هى و ان كانت غير بعيده لكنّها من حيث عدم القطع بها لا تقاوم اصاله الفساد و لو سلّم كون

الوقف بحسب اللّغه مشتركا معنويّا بين الوقف الخاصّ و الحبس الخاصّ فهو بحسب العرف يباين الحبس فانّ لفظ الوقف بحسب عرف الفقهاء و غيرهم عباره عن امر اخذ فيه الحبس على وجه الدّوام او فى الجمله سواء كان ذلك الامر هو التّمليك او مفهوم اخر و ليس المعنىّ من الوقف عندهم هو الحبس المطلق حتّى يشمل الحبس الخاصّ و هذا كلّه مع عدم القول بكون الدّوام مأخوذا فى موضوع الوقف و الّا فعدم صحّه إراده الحبس منه الّا مجازا واضح و امّا من جهه صحّه إراده الحبس من لفظ الوقف مجازا و كذا العكس و فى الغرض و هو الجهل بالمراد يحمل على الحبس من جهه القرينه و هى الاقتران بمدّه و فيه انّ قرينيّه ذكر المدّه على إراده الحبس مجازا يتوقّف على ثبوت المنافات و التّنافر بينها و بين الوقف عقلا او عاده او عرفا او شرعا على ما هو الشّأن فى كلّ قرينه صارفه و قد ذكروا انّ المجاز ملزوم قرينه معانده لاراده الحقيقه و المعانده بكلّ من هذه الوجوه غير معلومه امّا عقلا فلانّ المعانده كذلك تتوقّف على كون الملكيّه فى الوقف حاصله بانشاء الواقف و على استحاله الملكيّه الموقّته و قد تقدّم الكلام فى الامرين و امّا عاده فمنع قضائها بالتّنافر بينهما فى غايه الوضوح و امّا عرفا فهو مبنىّ على القول باخذ الدّوام فى معنى الوقف و مدلوله عرفا كما هو كذلك فى البيع و الهبه و امثالهما حيث انّ التّوقيت فيهما مناف لمقتضى العقد عرفا و ذلك بمكان من المنع و يدلّ عليه حكمهم بشرطيّه الدّوام فى الوقف و انّما المسلّم هو استفاده الدّوام من اطلاق اللّفظ و امّا شرعا فلانّ جعل الاقتران قرينه شرعيّه على إراده الحبس يتوقّف على ثبوت اصل الصحّه فى الفرض شرعا كما فى قوله اعتق عبدك عنّى فانّ بعد ثبوت الصحّه شرعا يقدّر الملك آنا ما جمعا بين ما دلّ على صحّه هذا القول و ما دلّ على توقّف العتق على الملك ففى المقام أيضا لو ثبت اصل الصحّه امكن الحكم بإراده الحبس جمعا بين ما دلّ على صحّته و ما دلّ على اشتراط عدم التّوقيت ببعض ازمنه وجود الموقوف عليه فى الوقف و الّا فيحكم بفساد الوقف و هذا واضح و امّا من جهه انّ اصاله الصحّه فى فعل المسلم و قوله يقتضى حمل فعله على ما يترتّب عليه الأثر و هو الحبس فنقول ان قلنا باعتبار اصاله الصحّه من باب التعبّد الظّاهرى فهو من الاصول و لا اشكال ح فى عدم مدخليّتها للقرينيّه لحكومه اصاله الحقيقه عليها على ما هو الشّأن فى جميع موارد تقابل الاصل الشّرعى مع الاصل اللّفظى او الدّليل الاجتهادى بل لا معنى ح لصيرورتها قرينه اصلا حيث انّه يشترط فيها كونها كاشفه عن مراد المتكلّم ظنّا و ذلك لا يعقل فى الاصول التعبّديه و ان قلنا بانّ اعتبارها

من جهه الغلبه و الظّهور النّوعى الحاصله من ملاحظه حال المسلم فتكون ح من الامارات الكاشفه عن الواقع فان قلنا بانّ اعتبار اصاله الحقيقه من باب اصاله عدم القرينه امكن القول بتقديم اصاله الصحّه لكون ظهورها اقوى من اصاله العدم و النّسبه بينهما و ان كانت بالعموم من وجه الّا انّ دائره اصاله العدم و افرادها اكثر فتكون اصاله الصحّه بالنّسبه إليها كحكم الخاصّ على ما تقرّر فى تعارض الادلّه من انّ احد العامّين اذا كان اقلّ افرادا من الاخر يرتكب خلاف الظّاهر فى ذلك الاخر و ان قلنا بانّ اعتبارها من باب الظّهور الحاصل من اللّفظ ففيه وجهان الاوّل صلوح اصاله الصحّه للقرينيّه أيضا من حيث كشفها عن مراد المتكلّم ظنّا و وقوع الشّک فى إراده المعنى الحقيقى او المجازى الّذى هو مورد اصاله الحقيقه مسبّب عن الشّک فى قيام القرينه و عدمه و اذا حكم باعتبار اصاله الصحّه من حيث الظّهور كانت كاشفه عن مراد المتكلّم و قرينه عليه فتكون حاكمه على اصاله الحقيقه الثّانى العدم فانّ اصاله الصحّه و ان كان اعتباره من باب الظنّ و الاماره انّما تعتبر عند الشّک فى الصحّه و عدم قيام الدّليل على الفساد و اصاله الحقيقه دليل عليه فتكون حاكمه على اصاله الصحّه نعم لو لم يكن هناك ظهور لفظىّ على خلاف اصاله الصحّه كما اذا كان اللّفظ مجملا وضعا امكن القول بصيروره اصاله الصحّه قرينه معيّنه و من هنا جعل جماعه من الاصحاب اصاله الصحّه قرينه معيّنه لاحد معانى المشترک اللّفظى او لفرد خاصّ من المعنوى فى عدّه مقامات كباب الاقرار و الوصيّه منهم المحقّق ره حيث قال فى باب الوصيّه ما هذا لفظه و لو اوصى بما يقع على المحلّل و المحرّم انصرف الى المحلّل تحصينا لقصد المسلم عن المحرّم و حاصل هذا الوجه هو ان يفصّل فى صلاحيّه اصاله الصحّه للقرينيّه بين ما اذا كان اللّفظ مجملا او مبيّنا بل لم نجد من التزم بكون اصاله الصحّه قرينه صارفه فى شى ء من الموارد سوى الفاضل القمىّ ره فى اجوبه مسائله بل ظاهرهم خلافه و ليس ذلک الّا لما علمت من كون اعتبارها او حصول الظنّ بها نوعا معلّقا على عدم قيام دليل على الفساد و هذا لا ينافى اعتبارها من باب الظنّ لانّ بين الادلّه ترتيبا كما ترى من حكومه جميع الادلّه و الامارات على الاستصحاب و لو بناء على اعتباره من باب الظنّ و الانصاف انّ اصاله الصحّه ان كانت صالحه لوقوعها قرينه معيّنه يلزم القول بصلاحيّتها لوقوعها قرينه صارفه أيضا لانّ اصاله الحقيقه و ان كانت معتبره من حيث الظّهور اللفظىّ الّا انّ ظهورها اوهن من جميع الظّواهر المعتبره و هذا هو الوجه فى قولهم انّ العامّ من حيث هو عامّ لا يعارض الخاصّ من حيث هو خاصّ و كون النّسبه بينهما هى العموم من وجه غير ضائر بعد كون الشّک فى أصاله

الحقيقه مسبّبا مع انّه لا وجه لملاحظه النّسبه بين اللّفظ و اللّب و اللبّ يقدّم على اللّفظ الّا انّ التّحقيق هو منع صلاحيّتها للقرينيّه مطلقا و مجرّد اعتبارها من باب الظنّ لا يقتضى ذلك لانّ مجرّد كشف الشّى ء عن إراده المتكلّم خلاف الظّاهر ظنّا لا يخرج الكلام عن ظهوره ما لم يكن الكاشف ممّا اعتمد عليه المتكلّم فى إراده خلاف الظّاهر من اللّفظ و لا يخرجه عن الاجمال ما لم يكن كذلك فى إراده احد معانى المشترك اللّفظى او احد افراد المشترك المعنوى و اصاله الصحّه من هذا القبيل و ان هى الّا كالاستصحاب بناء على اعتباره من باب الظنّ و هل يصحّ لاحد ان يحتمل صلاحيّته للقرينيّه و بالجمله مطلق الظنّ بالمراد ليس قرينه و ان شئت قلت انّ اصاله الحمل على الصحّه انّما يصلح لاحراز الفرد الصّحيح من العنوان فيما تردّد امر الواقع بينه و بين الفاسد منه و لا يصلح لاحراز العنوان الّذى يكون صحيحا ثمّ انّه يمكن ان يوجّه كلام المحقّق فى باب الوصيّه و غيرها و كذا كلام غيره بانّ مقصودهم ليس رفع اجمال اللّفظ باصاله الصحّه و تشخيص مراد المتكلّم من اللّفظ المجمل بها بل مقصودهم اثبات وقوع الوصيّه مثلا بالمحلّل من باب الاصل المثبت فانّ بناء على اعتبار اصاله الصحّه من باب الظنّ لم يكن فرق ح فى اعتبارها بين مثبتها و غيره على ما هو الشّأن فى جميع الاصول المعتبره من باب الظنّ شخصا او نوعا فباصاله الصحّه يشخّص حال العمل لا انّه يرفع بها الاجمال عن اللّفظ و من الواضح انّ هذا المعنى لا يجرى فيما اذا كان هناك ظهور لفظىّ على خلافه و كلامهم ليس من باب التّفصيل فى قرينيّه اصاله الصحّه و لكن لا يخفى انّ اثبات هذا الامر بأصاله الصحّه فى غايه الاشكال و ان لم يكن فرق فيما كان مناط اعتباره الظنّ بين مثبته و غيره و ذلك لانّ العمده فى اعتبار اصاله الصحّه بحيث يترتّب عليه الاثر لا مجرّد الحكم لاجلها بكون فاعل الفعل فاعلا لفعل مشروع هو الاجماع و اعتبارها كذلك على وجه لم يكن فرق بين المثبت و غيره لم يثبت عنه بل كلمات جماعه فى ابواب الفقه خلافه منهم العلّامه ره حيث يظهر من كلامه عدم اعتبار اصاله الصحّه بالنّسبه الى غير ما يترتّب على موضوع الصّحيح شرعا قال فى اخر كتاب الاجاره من القواعد ما هذا لفظه لو قال اجرتك كلّ شهر بدرهم من غير تعيين فقال بل سنه بدينار ففى تقديم قول المستأجر نظر فان قدّمنا قول المالك فالاقوى صحّه العقد فى الشّهر الاوّل هنا و كذا الاشكال فى تقديم قول المستأجر لو ادّعى اجره مدّه معلومه او عوضا معيّنا و انكر المالك التّعيين فيهما و الاقوى التّقديم فيما لم يتضمّن دعوى ه و بالجمله لا دليل على اعتبار اصاله الصحّه بالنّسبه الى غير الآثار الشرعيّه المترتّبه على الصّحيح و قد تبيّن ممّا مرّ عليك انّ الحكم

بصحّه الانشاء المذکور حبسا بعد الحکم ببطلانه وقفا فی غایه الاشکال

قوله (و رابعا انّه یلزمه علی کلامه)

وجه اللّزوم انّ کلامه اشتمل علی امور الاوّل انتقال التّرکه الی الوارث مط سواء کان هناک دین مستغرق أم لا الثّانی انعتاق نصیب الولد من مجموع التّرکه مط أیضا الثّالث لزم الولد اداء قیمه النّصیب من ماله الی الدیّان و یلزم ح ما ذکر من التّقویم علی الولد فی الصّور الثّلث امّا الاولی فلانّه اذا کان نصیب الولد من مجموع التّرکه و لو کان هناک دین ما یساوی قیمه أمّه فقد ملک بالامر الاوّل ما یفی بقیمتها و بالامر الثّانی تقوّم أمّه علیه سواء کان هناک دین مستغرق أم لا و وجه التّعمیم انّ کلامه صریح فی صوره استغراق الدّین ففی صوره عدم الاستغراق اولی و ذلک لانّ مع وفاء نصیبه من اصل التّرکه بالقیمه حکم بالانعتاق من نصیبه فمع استغراق الدّین بان کان الدّین مأتین و قیمه الأمه مائه و مجموع التّرکه بمقدار الدّین و الوارث منحصر فی هذا الولد و اخ له من غیر أمّه یلزم کلّا منهما من الدّین ما انتقل إلیه من مجموع التّرکه و یؤدّی هذا الولد بمقدار قیمه أمّه الی الدیّان و تنعتق علیه و امّا مع عدم استغراق الدّین بان کان کلّ من الدّین و قیمه الامّ مائه و التّرکه مأتین ففی الفرض لیس للولد شی ء من التّرکه و لاخیه خمسون و امّا الثّانیه فلانّه اذا کان نصیب الولد الثّابت فی الباقی بعد الدیون و نحوها ممّا یلحق بالدّین یساوی قیمه أمّه کما لو کانت التّرکه فی الفرض ثلاثمائه و قیمه الامّ مائه و الدّین و نحوه مائه فقد ملک الولد ما یساوی قیمه أمّه قبل الدیون بالامر الاوّل و تنعتق الامّ بتمامها علیه بالامر الثّانی و یقوّم علیه نصف قیمتها لاخیه بالامر الثّالث فیحصل لاخیه مائه و لا شی ء له سوی الامّ المنعتقه علیه و کذا لو کان نصیبه الثّابت فی باقی التّرکه بعد الدیون و نحوها اقلّ من قیمه أمّه کما لو کان الدّین مأتین فقد ملک من التّرکه مائه و خمسین و بعد اداء الدّین کان نصیبه فی الباقی خمسین و هو اقلّ من قیمه أمّه و بتمامها تنعتق علیه بالامر الثّانی و یلزمه لاخیه اداء نصف قیمتها بالامر الثّالث و امّا الثّالثه فلانّه لو ساوی نصیبه من اصل التّرکه نصفها او ثلثها او غیر ذلک یقوّم نصیبه علیه کائنا ما کان و ینعتق منها علیه بمقدار ذلک کما لو کانت التّرکه فی الفرض ای مع انحصار الوارث فی هذا الولد و اخ له من غیر أمّه منحصره بها و قیمتها مائه و عشرین و کان الدّین مستغرقا فعلی الولد نصفها و هو ستّون و ینعتق الباقی بالسّرایه و تسعی هی فی اداء ستّین للدیّان و لو کان له فی هذه الصّوره اخوان بان کان الورثه ثلاثه فعلی الولد قیمه ثلثها و تسعی هی فی اداء الثّلثین الآخرین و لو کان قیمه الامه تسعین و باقی التّرکه ثلثین و الدین مستغرق

و الورثه ثلاثه فنصيب الولد من اصل التّركه و هو اربعون يساوى أربعه اتساع منها فينعتق عليه ذلك بالامر الثّانى و يلزمه اداء الاربعين الى الدّيّان بالامر الثّالث و ينعتق الباقى منها بالسّرايه و تسعى فى اداء خمسين إليهم و لو كان مجموع التّركه مائه و عشرين و الورثه ثلاثه كالفرض السّابق و الدّين تسعين يقوّم نصيب الولد من اصل التّركه عليه و هو اربعون فينعتق عليه أربعه اتساع من أمّه و يسقط من الاربعين نصيبه الباقى الثّابت بعد الدّين و هو عشره فيؤدّى الثّلاثين من القيمه الى الدّيّان و يؤدّى إليهم كلّ واحد من الاخوين الآخرين خمسه و الامّ تسعى فى اداء خمسه اتساع من قيمتها و يبقى للولدين الآخرين عشرون من التّركه و حاصل هذا الاشكال انّ انعتاق نصيب الولد من مجموع التّركه و لزوم اداء قيمه ما انعتق عليه الى الدّيّان على حسب ما عرفته فى الفروض المذكوره ينبغى القطع ببطلانه و لا يقول به احد من الاصحاب و التأمّل فى كلام المسالک موكول الى محلّه و تفصيل المسأله فى باب الاستيلاد

[مسأله و من أسباب خروج الملک عن كونه طِلْقاً: صيروره المملوكه أُمّ ولدٍ لسيّدها]

قوله (فيدور الامر بين الوجهين الاخيرين)

و يسقط الاوّلان امّا سقوط حقّ الدّيّان عمّا قابلها من الدّين فواضح و امّا تعلّق حقّهم بقيمتها على من يتلف فى ملكه فلأنّ تعلّق حقّهم بقيمتها على الولد يرجع الى ارتفاع حقّهم عن التّركه و تعلّقه بذمّته و لا اشكال فى عدم جواز رفع اليد عمّا دلّ على بقاء حقّهم متعلّقا بالتّركه

قوله (و لا جامع بينها و بين الوقف الّذى هو ملک للبطن اللّاحق)

فانّ فى المقام لا يكون حقّ الدّيّان متعلّقا بعينها فلا مانع من الانعتاق على ولدها بخلاف العبد الموقوف فانّ عدم الانعتاق فيه انّما هو لتعلّق حقّ البطون اللّاحقه فانّه ملک للبطن اللّاحق كما هو ملک للبطن السّابق

قوله (يتخيّر المولى بين دفعها او دفع)

و الاوّل فى صوره الاستيعاب و الثّانى فى غيرها

قوله (ان يفديها باقلّ الامرين

من القيمه و الارش

قوله (و منها ما اذا خرج موليها عن الذمّه)

فانّ عند ذلک يجرى عليه حكم الحربىّ

قوله (بعد تعارض ادلّه حكم الرّهن و ادلّه المنع)

و ذلك لانّ الاستصحاب يقتضى صحّه البيع و عدم بطلانه و كذلك العمومات و هذا بناء على فرض التّكافؤ و التّعادل مع انّ المشهور على الجواز و هو من المرجّحات و لو فى العامّين من وجه فانّ الشّهره فى الفتوى من المرجّح المضمونى و هو من اقوى المرجّحات بناء على لزوم الاخذ بكلّ مزيّه قائمه فى احد المتعارضين و فى قوله (ع) فى

فکـاک رقابهنّ فی روایه عمر بن یزیـد اشـعار الی جواز البیع فی کلّ حقّ تعلّق برقبتها بل التأمّل یقتضـی عـدم معارضه دلیل منع الاستیلاد عن البیع عن ادلّه جواز البیع للمرتهن فانّ الرّهن وثیقه و به یثبت حقّا له من دون اشـکال و جواز الاستیفاء بالبیع و نحوه امّـا مأخوذ فی حقیقه الرّهن او انّه من احکامه العرفیّه و الشـرعیّه المسـتفاده من النّصوص و الاجماع و امّا اخبار منع الاستیلاد عن البیع فمفـاد بعضـها هو اختصـاص المنع بالمالک من دون تعرّض لمنع غیره لو کان له حقّ سابق علی الاستیلاد یقتضـی بیعه له و ذلـک کـالمروی عن قول امیر المؤمنین علیه السّـلام خـذ بیـدها و قـل من یشـتری أمّ ولـدی و محلّ الکلاـم فی المسـأله هو بیع المرتهن عند تعذّر استیفاء الدّین باذن الحاکم مع الامکان و بنفسه مع تعذّر الاستیذان و امّا الرّاهن فلیس له البیع لأجل اداء الدّین من دون الزام المرتهن فالبـائع هو المرتهن لاـ الرّاهن و لم یطرأ بالاستیلاـد مـا یبطـل هـذا الحکم او یرفع موضوعه و ما یمکن ان یسـتدلّ به علی المنع هو ما یـدلّ علی عـدم جواز بیعها الّا فی ثمن رقبتها کروایتی عمر بن یزیـد المتقدّمتین و فیه بعد الغضّ عن اشـعارهما بجـواز الـبیع فی کـلّ حـقّ تعلّق برقبتهـا کمـا مرّ انّ الرّهن لیس من انواع الـدّین و وجوبه بـل الرّهن من احوال الفرد و الرّوایتان مجملتان من حیثیّه احوال الفرد و لیس لهما اطلاق من هـذه الجهه و لو سـلّم عدم الاجمال فی دلیل المنع فمن الواضـح انصـرافه عن الاـمه الّتی تعلّق بها قبل الاستیلاد حقّ للغیر و بما ذکرنا یظهر بطلان دعوی انّ دلیل المنع وارد علی دلیل الجواز لانّ التّعـارض بینهمـا فی المقام نظیر التّعارض بین دلیلی الرّخصه و الحرمه فکما انّ الاوّل مسوق لبیان حکم الشّـی ء من حیث هو مع قطع النّظر عمّا یعرضه باعتبار بعض الجهات کالنّـذر و اطاعه الوالـدین فکـذلک ادلّه الرّهن سـیقت لبیان جواز البیع لو لا عروض المـانع کالاستیلاد و بعـد عروض المانع یرتفع موضوع الجواز کما لا وجه لـدعوی المنع فی اطلاق دلیل الرّهن علی وجه یشـمل صوره الاستیلاـد بانّه قضـیّه مهمله یثبت الحقّ للمرتهن بالنّسـبه الی المالک و لا نظر له الی سائر الحقوق و لـذا یقـدّم حقّ الـدّاین علی حقّ المرتهن فی المفلّس اذا کـان المرهون عین مال الـدّاین و هـذا کاشف عن اهمال دلیل جواز بیع الرّهن بالنّسبه الی غیر المالک فانّها غیر مسموعه أیضا

قوله (خلافا للمحکیّ عن الشّرائع و السّرائر)

یسـتدلّ علی المنع بـانّ العتق مبنیّ علی التغلیب و الاستیلاد اقوی منه لنفوذه فیما لا ینفـذ فیه العتق لتحقّق الاستیلاد بجنون المولی دون العتق و انّ عتق المریض من الثّلث دون الاستیلاد و انّ النّهی اقوی من الامر فی باب التّعارض امّا لاولویّه دفع المفسده

على جلب المنفعه و امّا لقوله (ص) ما اجتمع الحلال و الحرام الّا غلب الحرام على الحلال و شمول روايه عمر بن يزيد قلت فيبعن فيما سوى ذلك من دين قال لا الشّامل للرّهن و فيه ما عرفت من تماميّه دليل الجواز و استدلّ على المنع بوجوه اخر منها انّ دليل الرّهن يثبت السّلطنه للمرتهن فى جواز بيعه بجعل المالك فسلطنته فرع سلطنه المالك و ادلّه المنع فى الاستيلاد ترفع سلطنه المالك فالاستيلاد رافع لموضوع حكم الرّهن و منها انّ عموم المنع فى ادلّه الاستيلاد يشمل كلّ من كان له البيع قبل الاستيلاد و هو حاكم على دليل الجواز لانّ المنع فى ادلّه الاستيلاد لا بدّ و ان يكون مسبوقا بدليل الجواز و الّا فهو لغو و كما انّ المالك فى غير الرّهن كان له البيع و بالاستيلاد يمنع عنه فكذلك المرتهن يمنع عمّا كان له قبل الاستيلاد و ميزان الحكومه هو ان يكون الحاكم مفسّرا لمدلول المحكوم و انّه لولاه لكان الحاكم لغوا و منها انّ ادلّه الاستيلاد تدلّ على ثبوت حقّ للامه و ادلّه الرّهن تدلّ على مجرّد جواز البيع على الرّاهن و قطع سلطنته و لا منافاه بينهما اذ جواز البيع على المالك لا يوجب جوازه على غيره الّذى له حقّ فيه و يدفع امّا الاوّل بانّ المسلّم هو رفع دليل المنع فى الاستيلاد سلطنه المالك حين الاستيلاد و سلطنه المرتهن على البيع ليس متفرّعا على ذلك بل هى فرع سلطنته الثّابته قبل الاستيلاد و امّا الثّانى فبما عرفت من منع دليل يعمّ غير المالك و الحكومه مبتيّه على ثبوت دليل يكون ناظرا الى غير المالك من ذوى الحقوق و امّا الثّالث فبانّ دعوى كون الاستيلاد يوجب حقّا يمنع عن البيع و امّا الرّهن فليس فيه الّا الحكم بجواز البيع من دون ثبوت حقّ فيه للمرتهن مقرونه بالاعتساف و خاليه عن الانصاف بل الامر بالعكس كما عرفت و لم نجد فى اخبار الاستيلاد ما يدلّ على ثبوت حقّ للامه المستولده و الحاصل انّ الظّاهر هو الجواز لانّ المقام ان كان من باب تزاحم الحقّين قدّم حقّ الرّهن لسبقه و ان كان من باب التّعارض و هو الظّاهر فالتّرجيح مع دليل الجواز و مع فرض التّكافؤ فالمرجع هو الاستصحاب و جواز البيع للرّهن قد ثبت قبل الاستيلاد و لقد اشار المصنّف ره الى هذا بقوله و لعلّه لعدم الدّليل على بطلان حكم الرّهن السّابق بالاستيلاد اللّاحق

قوله (و منها ما اذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقه

انّ النّذر على وجوه الاوّل نذر النّتيجه بمعنى كونها صدقه على وجه الاطلاق و هذا خارج عن محلّ الكلام فانّ بناء على صحّه هذا التّقسيم من النّذر لا اشكال فى عدم تأثير العلوق و عدم تحقّق الاستيلاد من النّاذر لخروج المنذور عن ملكه بمجرّد النّذر و لا يجوز له التصرّف فيه مطلقا الثّانى النّذر كذلك معلّقا بحصول شرط او غايه و لم يحصل قبل الوطى ثمّ حصل بعده و الحقّ

عدم تأثير الاستيلاد فى المنع لانّ انتقال الملك الى المنتقل إليه ليس على وجه الاختيار و انّما هو مستند الى سبب اختيارىّ قبل الاستيلاد خصوصا اذا قلنا بانّ حصول المعلّق عليه كاشف عن حصول الملكيّه للفقراء حين النّذر نعم بناء على انّ حصوله ناقل للمنذور من حينه يحتمل تاثير الاستيلاد و انحلال النّذر لصيروره التصدّق مرجوحا بالاستيلاد على القول باعتبار الرّجحان فى متعلّق النّذر حين العمل لا حين النّذر و يحتمل كون استيلادها كاتلافها فيحصل الحنث و يستقرّ القيمه جمعا بين حقّى أمّ الولد و حقّ المنذور له بناء على ثبوت الحقّ بمجرّد النّذر و شمول قوله (ع) من اتلف مال الغير لمثله بدعوى كونه مالا حكما و الاوجه بناء على النّقل أيضا تقديم حقّ المنذور له فى العين و اعتبار الرّجحان فى متعلّق النّذر حين العمل لا اشكال فيه و لكنّ الشّأن فى انّ الرّجحان حين العمل كان ثابتا فى حدّ ذاته حال النّذر لعدم الاستيلاد حينئذ و لا وجه لتأثير الاستيلاد مع تحقّق النّذر قبله حتّى يصير المتعلّق مرجوحا و ينحلّ النّذر ثمّ انّه اذا اثّر الاستيلاد و قدّم على النّذر فالاوجه هو الاحتمال الأخير من تحقّق الحنث و وجوب الكفّاره فانّ مورد انحلال النّذر هو ما كان المنذور راجحا فعله ظاهرا حين النّذر ثمّ انكشف كونه مرجوحا فى ذاته من دون ان يكون للنّاذر اختيار فى صيرورته مرجوحا كما لو نذرت المرأه صوم يوم الخميس على التّعيين فحاضت فيه و امّا فى الصّوره الّتى كانت المرجوحيّه باختيار من النّاذر كما فى المقام حيث انّه اقدم على وطى الأمه بعد ما نذر كونها صدقه عند حصول الشّرط فهى كما لو اتلفها بعد النّذر بقتل و نحوه فى الضّمان و وجوب الكفّاره و بالجمله لو قلنا بتأثير العلوق فى الاستيلاد و لم يقدّم جهه النّذر فحيث كان الاستيلاد بالاختيار كان حنثا و يستقرّ القيمه و على الكفّاره و استقرار القيمه فهل للمنذور له ابراء ذمّه النّاذر الظّاهر ذلك مع فرض ثبوت الحقّ بالنّذر و ان لم يحصل المعلّق عليه بعد و انّه ليس مجرّد حكم حتّى لا يكون قابلا للاسقاط الثّالث نذر الفعل بمعنى ان يتصدّق بها على وجه الاطلاق فعلى القول بخروجها عن الملك بمجرّد ذلك كما حكى عن بعض فهو خارج عن محلّ الكلام و لا حكم للعلوق و ان قلنا بعدم خروجها عن ملكه فان كان المقام من باب التّعارض بين ادلّه وجوب الوفاء بالنّذر و ادلّه منع الاستيلاد قدّم وجوب الوفاء بالنّذر عملا بالاستصحاب او يرجع الى قاعده السّلطنه فيجوز التصدّق و ان كان من باب التّزاحم ففيه الوجوه الثّلاثه المذكوره فى المتن و الاوجه وجوب التصدّق لسبق سببه كما مرّ نظيره الرّابع النّذر كذلك معلّقا على شرط او غايه فوطئها ثمّ حصل الشّرط و حكمه

ما ذکر فی الثّالث

قوله (و الاخبار المحکیّه علی المنع و النّهی)

کالنّبوی المرسل انّ الرّاهن و المرتهن ممنوعان من التصرّف و قوله (ص) لا تبع ما لیس عندک و غیره ممّا یستدلّ به لبطلان الفضولی

[مسأله إذا جنی العبد خطأً صحّ بیعه علی المشهور]

قوله (و الاوفق بالقواعد ان یقال)

لا ریب فی هذا کما عرفت و هل یکون لازما بان یکون البیع بنفسه التزاما بالفداء و یکون موجبا لضمان البائع حقّ المجنّی علیه بعد الفراغ من انّ نفس الالتزام قبل البیع او بعده لیس بملزم شرعا و لا اثر له لوضوح انّه لیس عقدا و لا مؤثّرا فی الحکم الوضعیّ فالمقصود انّ البیع من المولی هل هو الزام شرعیّ بالفداء بعد الحکم بتخییره بین دفع العقد للقصاص و الفداء لو جنی خطاء و انّه اذا تعذّر علیه احدهما تعیّن علیه الاخر من جهه انّ البیع یوجب تعذّر دفع العبد للمجنیّ علیه فیتعیّن علیه الفداء أم لا بل یکون البیع متزلزلا و التّخییر للمولی باقیا و الاقوی هو التّفصیل بین اللّزوم من طرف البائع و عدمه من المجنّی علیه امّا الاوّل و هو اللّزوم من طرف البائع و تعیّن الفداء علیه فلوجوب الوفاء و العمومات فیکون من التّلف الشّرعی و هو کالتّلف العقلی و اذا کان تلفا تعذّر علیه الدّفع فتعیّن علیه الفداء و ذلک کفسخ من له الخیار فی البیع و قد باع من علیه الخیار ما اشتراه فانّ بیعه یوجب تعذّره عن ردّ العین بعد الفسخ فیجب علیه دفع بدلها فکما انّ ثبوت الخیار لا یوجب بطلان بیع من علیه الخیار فکذلک تعلّق حقّ المجنّی علیه فی المقام لا یوجب تزلزلا من طرف البائع و لا یتوهّم ثبوت الفرق من جهه انّ الخیار متعلّق بالعقد و حقّ المجنّی علیه بالعین فانّ الخیار المتعلّق بالعقد مرجعه الی ثبوت حقّ لذی الخیار فی المبیع و لأجل هذا یستردّ العین مع بقائها و لیس المقام من قبیل بیع الرّهن حیث تقدّم انّ المستفاد من الاخبار و طریقه الاصحاب هو منع العقد علی الرّهن و الوفاء بمقتضاه علی سبیل الاستقلال من دون مراجعه ذی الحقّ و ذلک لانّ الرّهن وثیقه لدین المرتهن و مع تعلّق حقّه بالعین علی وجه التعیین لا یکون بیع الرّاهن من دون اجازته لازما و موجبا لوجوب الفکّ من مال اخر و امّا فی المقام فلیس حقّ المجنّی علیه متعلّقا بالعبد علی نحو التّعیین و بیع المولی حیث انّه مخیّر بین الدّفع و الفداء یکون بحکم الاتلاف و موجبا لتعیین الفداء علیه شرعا و یحتمل ان یکون الامر بالتأمّل إشاره الی ذلک و امّا الثّانی و هو عدم اللّزوم من طرف المجنّی علیه بمعنی انّه لو امتنع المولی عمّا وجب علیه من الفداء تعیینا فله الخیار فی الفسخ فلانّ مع امتناع المولی من الفداء یکون البیع حینئذ تضییعا لحقّه و ضررا علیه و وجوب الوفاء بالبیع لا یقتضی الّا رفع ید المولی لا رفع ید غیره ممّن له الحقّ فالبیع فی المقام کالتّلف بالنّسبه الی البائع و به یرتفع

تخییره و یتعیّن علیه الفداء لا بالنّسبه الی المجنّی علیه لو امتنع البائع من الفداء و لعلّ المصنّف طاب ثراه اراد من مجموع کلامه ما ذکرناه من التّفصیل فتدبّر

[مسأله من شروط العوضین: القدره علی التسلیم]

قوله (و یضعّف بانّه ان ارید انّ لازم العقد الخ)

توضیح ما افاده قدّس سرّه انّه ان اراد من وجوب التّسلیم الوجوب التّکلیفی فالدّلیل علیه ان کان قولهم نهی النبیّ (ص) عن بیع الغرر و قوله (ع) لا تبع ما لیس عندک فلیس هذا وجها آخر و ان کان غیرهما فنفس العقد لا یدلّ علی ذلک و لم نجد ما یدلّ علیه الّا حرمه التصرّف فی مال الغیر و اقتضاء العقد من باب الدّلاله الالتزامیّه کما هو ظاهر الاستدلال و هو حسن الّا انّه لا یدلّ الّا علی وجوب التّسلیم مع التمکّن لانّه ان ارید انّ لازم العقد وجوب التّسلیم وجوبا مطلقا منعنا الملازمه و هو استفاده ان یکون مقدورا او المراد منع کون لازم العقد وجوب تسلیم کلّ من المتبایعین العوض الی صاحبه وجوبا مطلقا و ذلک واضح و علی ایّ حال لیس مراد المستدلّ هذا الشقّ لوضوح انّ الوجوب التّکلیفی لا یعقل ان یتعلّق بالاعمّ من المقدور و الممتنع و ان ارید مطلق وجوبه فلا ینافی کونه مشروطا بالتمکّن و غرض المصنّف لیس تضعیف الدّلیل علی کلّ من تقدیری الوجوب المطلق و مطلق الوجوب حتّی یستشکل بانّ تقدیر الوجوب المطلق باطل لاستحاله التّکلیف بالممتنع بل الغرض هو انّ بناء علی إراده الوجوب التّکلیفی لیس المتصوّر من ذلک الّا التّقدیر الثّانی و هو لا ینافی اشتراط القدره و ان اراد من وجوب التّسلیم الوجوب الوضعی بان یکون غرض المستدلّ شرطیّه القدره علی التّسلیم فی صحّه العقد و انحصار صحّه البیع بما یکون البائع قادرا علی تسلیمه فان ارید انّ لازم العقد شرطیّه القدره علی التّسلیم مط تمکّن منه أم لا و مقتضاه ح بطلان العقد مع عدم التمکّن منعنا الملازمه ای اقتضاء العقد ذلک و ان ارید الشّرطیّه فی الجمله فهو لا یقتضی البطلان مع عدم التمکّن

قوله (و فی الاعتراض و المعارضه نظر واضح)

اعلم انّهما منقولان عن العلّامه الطّباطبائی قدّس سرّه فی المصابیح و یمکن ان یکون وجه النّظر امّا فی الاعتراض فبانّ وجوب التّسلیم من توابع البیع و لوازمه و مع وجود الدّلیل او الاصل فی المتبوع لا یجری الاصل فی اللّازم و مقتضی اطلاق ادلّه البیع هو عدم اشتراطه بالقدره و اذا حکمنا بمقتضی الاطلاق ارتفع الشکّ فی المسبّب و اللّازم و کان وجوب التّسلیم مقیّدا و امّا فی المعارضه فبعین ما ذکر اذ لا معنی لصدق المعارضه مع انّ الشکّ فی الاوّل مسبّب عن الشّک فی الثّانی و یمکن ان یکون الوجه فی الاعتراض انّ اصاله الاطلاق و التّقیید من احکام اللّفظ و هو منتف فی المقام لما عرفت

من عدم دليل خاصّ غير النبويّين على وجوب التّسليم و المدّعى هو دلاله العقد بالالتزام و فى المعارضه انّ مع فرض اجراء اصاله عدم تقييد الوجوب لا يبقى مجال لاصاله عدم تقييد البيع فانّ اطلاق المقيّد حاكم على اطلاق المطلق و ينحصر دفع الاعتراض بمنع اجراء الاصل المذكور و يمكن ان يكون الوجه فى الاوّل انّ التّقييد بالقدره عقلىّ و لا يمكن اجراء اصاله العدم بالنّسبه إليه اللهم الّا ان يراد من وجوب التّسليم الحكم الوضعى لا التّكليفى و فى الثّانى انّ تقييد البيع بالقدره اجماعىّ و لا يمكن اجراء اصاله العدم بالنّسبه إليه اللّهم الّا ان يقال انّ الكلام مع قطع النّظر عن الاجماع

قوله بل منع عدم كون الغرض منه الّا الانتفاع)

فانّ الاغراض غير محصوره و لا يمكن ضبطها

قوله (قال و يظهر الثّمره فى موضع الشّك)

قال فى الجواهر و تظهر الثّمره فى المشكوك فيه فانّه بناء على شرطيّه القدره يمتنع بيعه بخلافه بناء على مانعيّه العجز انتهى

قوله فانّا اذا شككنا فى تحقّق القدره و العجز)

و الأصلان جاريان و ان قلنا انّ الشّرط هو العلم بالقدره و المانع هو العلم بالعجز و ذلك لقيام الأمارات و الاصول مقام القطع الموضوعى المأخوذ على وجه الطريقيّه

قوله (فاللّازم التمسّك بعمومات الصحّه

امّا فى الشكّ الحكمى و هو الشكّ فى انّ الخارج من عمومات الصحّه هو العجز المستمرّ او العجز فى الجمله فواضح و امّا فى الثّانى و هو الشّك فى انّ المراد بالعجز ما يعمّ التعسّر أم خصوص التعذّر الّذى هو من الشّك المفهومى و عبّر عنه بغير الموضوعى و الحكمى فمن حيث انّ المخصّص المنفصل لا يسرى اجماله الى العامّ فيرجع إليه

قوله (و الحاصل انّ التردّد بين شرطيّه الشّى ء الخ)

اجاب بانّ العجز امر عدمىّ فكيف يكون مانعا و لو سلّم فلا ثمره فى التردّد بين كون القدره شرطا او العجز مانعا لانّ فى صوره الشكّ الموضوعى فمع سبق القدره فالاصل بقائها و لك ان تقول بناء على المانعيّه الاصل عدم تحقّق العجز و مع سبق عدمها فالاصل عدمها و لك ان تقول بناء على المانعيّه الاصل بقاء العجز و مع الشّك و عدم العلم بالحاله السّابقه يجب الفحص او الاحتياط و ان اراد صاحب الجواهر ما قد كان يتخيّل سابقا من اولويّه البراءه فى الموانع من جهه اصاله العدم حيث كانوا يقولون فى كثير من المسائل انّ الشّى ء الفلانى ان كان مانعا يدفع بالاصل و ان كان شرطا فلا بدّ من احرازه فهذا بعيد عن فطانته فانّ اصاله عدم وجود المانع من دون رجوع الى الاستصحاب لا وجه لها و لم نقف على ما يدلّ على اعتبارها ثمّ انّه يحتمل ان يكون كلام الجواهر مبتيّا على كون العجز ضدّا وجوديّا للقدره و ان لم يكونا كالعداله و الفسق من حيث ثبوت الواسطه او كون الشّرط

على تقدير الشّرطيّه

هو العلم بالقدره لا نفسها و المانع على تقدير المانعيّه هو العلم بالعجز و تظهر الثّمره ح فى صوره الشّک من دون علم بالحاله السّابقه فانّه يحكم بالبطلان بناء على الشّرطيّه لعدم احراز الشّرط و هو العلم بالقدره و بالصحّه بناء على المانعيّه لعدم احراز المانع و هو العلم بالعجز فتدبّر

قوله (و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالک)

ان اراد صوره بيعه لنفسه من دون اعتبار لحوق الاجازه من المالك فهذا عند العرف ليس ببيع اصلا و يكون بطلانه عندهم من هذه الجهه لا انّه بيع غررىّ و ان اراد صوره لحوق الاجازه من المالك فليس فيه غرر عند العرف لانّ العقد مع الاجازه لا خطر فيه و بدونها لا يفيد شيئا

قوله (لم يظهر الّا من الفاضل القطيفى)

قد يتوهّم انّ التّفضيل فى كلامه بين علم المشترى بعدم قدره البائع على التّسليم و صحّه البيع ح و جهله فعدمها معلّلا بانّ القدره عليه من مصالح المشترى مبنىّ على انّه جعل حقّ تسلّم المبيع للمشترى و حقّ تسلّم الثّمن للبائع امرا مجعولا و حيث انّ الحقّ قابل للاسقاط فالمشترى يكون مسقطا لحقّه فى صوره العلم و رضاه و يجاب بانّ عدم الغرر و القدره على التّسليم شرط تعبّدى و التسلّم منتزع من وجوب التّسليم على كلّ منهما لا انّه حقّ صرف مجعول بنفسه حتّى يسقط برضاه و علمه لكنّ الانصاف انّ مبنى التّفصيل هو ما يشير إليه المصنّف من جعل الغرر فى النّبوى بمعنى الخديعه و هو منتف مع العلم

قوله (و منه يعلم أيضا انّه لو لم يقدر احدهما على التحصيل)

و اشكال بعض المحشّين بانّه لا بدّ ح من جعل الحصول فى يد المشترى شرطا لا القدره بما هى و حيث انّه يوجب كون القبض شرطا فى جميع اصناف البيع مع انّه ليس بشرط الّا فى الصّرف و السّلف مع لزوم كونه شرطا متأخّرا لوضوح انّ العقد مع القدره على التّسليم مؤثّر من حين صدوره فلو ابدلت القدره بالحصول فى اليد لزم كونه شرطا متأخّرا و هو لا يخلو عن محذور فلا بدّ من جعل العلم بحصوله فى اليد او الوثوق به شرطا و هو مقارن للعقد و لازمه انّه لو كان البائع قادرا على التّسليم لكنّه علم المشترى بامتناع البائع بعد العقد عن تسليم المبيع ان لا ينفذ البيع و هو أيضا مشكل مندفع بانّ مع الوثوق بالحصول فى اليد يكون الشّرط و هو القدره على التّسليم فى زمان الاستحقاق حاصلا و ستطّلع على انّ الشّرط هى القدره المعلومه و المعتبر هو الوثوق و كون القبض شرطا فى صحّه البيع اجنبىّ عن وجه الكلام

قوله (و هل يكفى قدره الموكّل الظّاهر نعم مع علم المشترى)

وجه التّقييد بعلم المشترى بقدره الموكّل فى صوره علمه بعجز العاقد مع انّ الكلام فيما لو كان وكيلا فى البيع و لوازمه هو تصحيح الالتزام العقدى من طرف المشترى فاذا اعتقد قدره الوكيل لا يشترط

علمه بقدره الموكّل و ان كان الوكيل عاجزا و الموكّل قادرا فى الواقع و أمّا اذا اعتقد عجز الوكيل فيشترط علمه بقدره الموكّل و بالجمله لمّا كان مناط اشتراط القدره على التّسليم هو تسلّم المشترى و حصول المال فى يده كان قدره كلّ من الوكيل او الموكّل كافيا فى صحّه البيع و لكن اذا اعتقد المشترى عجز العاقد و لم يعلم بقدره الموكّل كيف يصدر منه الانشاء

قوله على وجه التبعيّه للمبيع باشتراط)

هذا بناء على صحّه الشّرط المجهول كما هو الاقرب و امّا بناء على لزوم ان لا يكون الشّرط مجهولا بناء على انّ المنفىّ مطلق الغرر حتّى فى غير البيع مضافا الى انّ جهاله الشّرط يوجب الغرر فى البيع لانّ الشّرط فى الحقيقه كالجزء من العوضين و له قسط من احدهما فانّ التّراضى على المعاوضه وقع منوطا به فلا يصحّ و لكن سيجى ء الكلام عليه

قوله و أيضا الظّاهر اعتبار كون الضّميمه)

الظّاهر من الرّوايتين اعتبار الشّرطين معا و كما انّ الظّاهر منهما اعتبار كون الضّميمه ممّا يصحّ بيعها فكذلك الظّاهر اعتبار صحّه بيعها منفرده و ذلك لانّ الضّميمه ان كانت ممّا يتعذّر تسليمه فضمّ ما كان كذلك الى مثله لا يوجب الصحّه مضافا الى ظهور الاشاره الواقعه فى الرّوايتين فى ذلك و ان كانت ممّا لا يتموّل كجنّه من حنطه فلا يصحّ اطلاق الشّراء عليه الواقع فى الرّوايتين مضافا الى تصريح الموثّقه بانّه ان لم يقدر على العبد كان الّذى نقده فيما اشترى معه و يظهر من هذا انّ على فرض عدم الظّفر بالآبق يكون الثّمن بإزاء الضّميمه و ما لا يتموّل غير قابل لذلك و توهّم وقوع التّقابل ح بين الثّمن و ما لا يتموّل بحكم الشّارع قهرا كما ترى

قوله (لو بقى على اباقه و صار فى حكم التّالف لم يرجع)

اعلم انّ الاحتمالات الصّحيحه فى قوله (ع) فان لم يقدر على العبد كان الّذى نقده فيما اشترى معه لا تخلو عن اثنين الاوّل ان يكون المراد لزوم البيع و الكنايه عن عدم ضمان البائع للعبد و عدم استرجاع شى ء من الثّمن من اجل عدم القدره عليه فيخصّص بالموثّقه قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و الظّاهر انّ بيع الآبق و الضّميمه معا بإزاء الثّمن هو كونهما معا فى قبال الثّمن منجّزا و لا يخرج العبد عن ملك المشترى بعدم القدره عليه و يصحّ عتقه منه فانّه ملكه بنفس العقد و ما ورد فى الموثّقه من انّ مع عدم القدره كان الثّمن بإزاء الضّميمه بيان لحكمه جعل الضّميمه و انّ الثّمن لا يذهب هدر الا انّه ينقلب العقد الواقع على المجموع الى المقابله بين الضّميمه و الثّمن و هذا هو مختار المصنّف الثّانى ان يكون المراد وقوع البيع و المعاوضه على المجموع مراعاه بحصول الآبق فى يده و لو لم يقدر عليه وقعت المعاوضه

على الضّميمه و الثّمن و الظّاهر الاوّل و حاصله انتقال الآبق الى المشترى فان قدر عليه يوزّع الثّمن عليه و على الضّميمه و الّا فلا توزيع و لا يرجع الى البائع بشى ء قولكم انّ لازم صحّه البيع على المجموع و لزومه هو رجوع المشترى الى البائع مع عدم القدره على العبد فيما يقابله لانّ التّوزيع مع صحّه البيع الواقع عقليّ مع انّ النّص و الاجماع قائمان على عدم التّوزيع و عدم الرّجوع على البائع بما يقابله فلا محيص الّا بإراده المعنى الثّانى مردود بانّ صحّه البيع و لزومه يقتضى كون العبد ملكا للمشترى حال العقد سواء قدر عليه أم لا غايه الامر انّ قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه الخ يقتضى الرّجوع مع اليأس الى البائع و الموثّقه مخصّصه لها و لا ينفسخ العقد حتّى يقال انّ التّوزيع عقليّ غير قابل للتّخصيص فتدبّر

[مسأله من شروط العوضين: العلم بقدر المثمن]

قوله (و كيف كان ففى مجموع ما ذكر من الاخبار و ما لم يذكر)

فان قلت انّ مقتضى بعض الاخبار ممّا ذكر و ما لم يذكر اشتراط معلوميّه الثّمن و المثمن و مقتضى بعضها مانعيّه الجهل و يختلف الحكم فى صوره الشّك بناء على الشرطيّه و المانعيّه فانّ اللّازم على الاولى الحكم بالبطلان لوضوح انّ الشّك فى الشّرط يقتضى الشّك فى المشروط و المرجع هو اصاله الفساد و على الثّانيه الحكم بالصحّه لجريان اصاله عدم المانع قلت انّ الفرق المذكور انّما يتّجه فى مقام يكون الشّرط او المانع كلاهما وجوديّا كما انّهما لو فرضا عدميّين اختلف الحكم فى صوره الشّك أيضا و لكن على العكس من سابقه فانّ اللّازم ح على الاولى الصحّه و على الثّانيه البطلان لاحراز كلّ من الشّرط او المانع بالاصل و أمّا اذا كان احدهما وجوديّا و الاخر عدميّا فلا يختلف الحكم فى صوره الشّك فانّه اذا كان الشّرط وجوديّا بخلاف المانع كما فى المقام فانّ الجهل بسيطا كان او مركّبا عباره عن عدم العلم و الادراک كان اللّازم الحكم بالبطلان سواء كان العلم شرطا او الجهل مانعا و لعلّ هذا هو السرّ فى عدم تعرّض احد من الاصحاب لذلک و ان كان الامر بالعكس حكم بالصحّه مط

قوله (ثمّ انّ ظاهر اطلاق جميع ما ذكر انّ الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصىّ)

اعلم انّ الحكم اذا علّق على عنوان يكون ذلك العنوان موضوعا للحكم و يدور الحكم مداره فيكون علّه كنفى الضّرر فانّه ينفى كلّ حكم ثابت للموضوعات بعناوينها الاوليّه و كذلک نفى الغرر بالنّسبه الى اصل البيع للنبوىّ المتقدّم و أمّا اذا علّق الحكم على عنوان آخر غير الضّرر و الغرر و علّل ثبوته باحدهما يكون الضّرر و الغرر حكمه لا علّه و فى المقام قد عرفت ورود الاخبار بوجوب اعتبار الكيل و الوزن فيما يقدّر بهما و لكنّه نعلم انّ المستفاد من ادلّه اعتبارهما فيما يقدّر

بهما هو رفع الغرر و كـذا الكلام فى الذّرع و العدد فهو الاصل فى هذا الاعتبار و لا محاله يكون نفى الغرر نوعيّا و يكون الحكم باعتبار احدها ثابتا و لو لم يكن غررا شخصيّا و المتيقّن من الاخبار الدالّه على اعتبار الكيل و الوزن هو ما كان البيع بدون التّقدير باحـدهما مجـازفه فيختصّ بمـا لم يحرز مقـدار مـاليّته الّـا بالكيـل او الوزن مثلا و من هنا تعلم صـحّه البيع فيما لو باع مقـدارا من الطّعـام بمـا يقـابله فى الميزان من جنسه او غيره و فيمـا كـان للمتبايعين حـدس قوىّ بالمقـدار و فيما كان المبيع قليلا لم يتعارف الوزن لمثله كمـا لو دفع فلسا و اراد دهنا و فيما كان لكثرته لم يكن الوزن فيه متعارفا كزبره الحديـد و يرتفع الغرر بالمشاهـده و تعلم أيضـا عـدم اعتبار العلم بوزن المسـكوكات قطعا فانّه و ان لم يعلم مقـدارها من حيث الوزن و لكنّها لمّا كانت عنـد وقوعها ثمنا كالمعدود لم يكن البيع مجازفه

[مسأله التقدير بغير ما يتعارف التقدير به]

قوله (لو وقعت معامله الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين)

الظّاهر انّه لا اشـكال فى صـحّه البيع كـذلك فانّه و ان لم يعلم احـدهما بمقدار الوزن الّا انّه منضـبط فى الواقع عند اهل عرفه فلا غرر و لاـ خطر فى مثله و ليس مجـازفه قطعـا بل الغالب فى المعاملات الواقعه بين اهل عرف واحـد يكون كـذلك فانّ كثيرا من أهل العراق أيضا لا يعرفون مقـدار الحقّه و الرّطل و الوزن و هكذا عند غيرهم نعم الوزن بصـخره مجهوله المقدار رأسا او الكيل بكيل كذلك غير متعارف بحيث يكون مشـيرا الى ميزان مضبوط فى الواقع من دون ان يكون معروفا عند اهل عرفه يكون جزافا و غررا

قوله (و امّا الوزن فالظّاهر كفايته)

اعلم انّ مـاليّه الاـموال و الاـغراض المتعلّقه بها تختلف بحسب المقـدار و الكيفيّه و الكميّه و قـد تختصّ مقـدار ماليّتها بالعـدد و يكون هو المنـاط فيهـا و الاـغراض كما تتعلّق بالاموال من حيث كيفيّتها خفّه و ثقلا و يكون المناط ح هو الوزن و تتعلّق بها من حيث السّـعه و القطر و يكون المناط ح هو الكيل فكـذلك قـد تتعلّق بها من حيث كميّتها متّصـله و منفصـله و لا بدّ ح من معرفه الكميّه المتّصـله بالتّقـدير بالـذّراع و من معرفه الكميّه المنفصـله بالتّقـدير بالعـدد و كما لا يكفى الكيل فيها اصاله فكذا لا يكفى الوزن فيها كـذلك الّا اذا كان طريقا الى ما هو المناط فلا وجه لكفايه الوزن فى المعدود اصاله و ممّا ذكرنا تعلم أيضا منع كون الوزن هو الاصل فى التّقدير مط و تعلم أيضا عدم جواز بيع كلّ من الموزون و المكيل و المعدود بغير ما اعتيد فيه من الاختبار و لو فى حال التعذّر او التعسّر الّا اذا جعل دليلا على التّقدير المعتبر

فيه بان يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس و هكـذا و لو تعذّر التّقدير بما اعتيد فيه و لم يكن الاخر دليلا عليه فلا بدّ ح من صلح او هبه او غير ذلک ممّا لا يشترط فيه المعلوميّه

قوله (و امّا ثالثا فلانّه يظهر من جماعه)

توضيحه انّهم ذكروا انّ من شرط الرّبا كون الكيل او الوزن شرطا فی صحّه بيعه و لم يقيّدوا بكونهما شرطا فی صحّه بيعه فی عصره (ص) و بناء علی عدم التّلازم بين المسألتين و انّ التّفسير المذكور فی باب الرّبا لا يكون تفسيرا لما يشترط فی صحّه بيعه الكيل او الوزن لو كان فی زماننا شی ء غير مكيل صحّ بيعه بدونه و لو كان مكيلا فی عهده (ص) و لازمه جواز الرّبا فيه مع انّه خلاف الاجماع فانّهم اطبقوا علی انّ الشی ء اذا كان مكيلا فی عهده (ص) حرم فيه الرّبا الی الأبد و الانصاف انّ حكم الاصحاب فی باب الرّبا بكون العبره فی الكيل و الوزن بعاده عصر النّبی (ص) او بلده و الّا فبعاده البلدان و الّا فبعاده كلّ بلد مختصّ بذلک الباب و كلماتهم فی هذا المقام مختلفه و الوجوه الثّلاثه لا دلاله فيها علی التعدّی امّا الاوّل فالظّاهر انّ عباره ط مختصّ بالميزان المذكور للرّبا و غرضه انّ تشخيص المماثله المعتبره فيها لا يكون الّا بالكيل و الوزن المعتادين فی عهده (ص) و ليس الكلام مسوقا الی شرائط صحّه البيع و لا مشيرا إليه و ذيل كلامه و ان كان عامّا بظاهره و شاملا لحكم البيع أيضا الّا انّه خلاف سياق الكلام و بالتأمّل يعلم انّ غرضه تحديد البيع فی خصوص المتماثلين و نحوه عباره التّذكره و امّا الثّانی فلانّ اتّحاد الموضوع مفهوما فی كلتا المسألتين لا يفيد شيئا اذا لم يكن كلامهم فی باب الرّبا ظاهرا فی تعيين المصداق لكلتا المسألتين فانّ تعيين مصداق خاصّ من المفهوم موضوعا للربا من دون إشاره الی كونه مصداقا أيضا فی صحّه البيع لا يلازم بوجه من الوجوه كونه مصداقا له أيضا و ليس فی هذا اهمال و لا اغراء بالجهل فانّ مقتضی القاعده هو الأخذ بمفهوم المكيل و الموزون فی المسألتين لكن لمّا قام الاجماع فی مسئله الرّبا علی تعيين الموضوع فی مصداق خاصّ اشاروا إليه فی بابه و حيث لم يكن وجه لاخراج الموضوع عن مفهومه فی مسئله شروط العوضين ابقوه علی وضوحه فما يقال انّ موضوع المكيل و الموزون لا خفاء فيه و لو كان المفهوم منهما خفيّا كان ما ذكروه ضابطا فی كلتا المسألتين هو الصّواب الّذی لا محيص عنه و امّا الثّالث و هو دعوی تلازم المسألتين فيبتنی علی مقدّمتين الاولی انّ ما كان ربويّا فی عصر الشّارع فهو ربویّ الی الابد بالاجماع و الثّانيه انّهم اشترطوا فی الرّبا ان يكون الكيل و الوزن شرطا فی صحّه بيعه و بضمّ المقدّمتين يثبت الملازمه بين كون الشّی ء مكيلا او موزونا فی عصره و كونه كذلک فی الاعصار اللّاحقه و انّ ما كان يباع

فی عصره جزافا یصحّ بیعه کذلک الی الأبد و ان تعارف وزنه و لکن ان تقول بهیئه الشّکل الاوّل کلّ ما یکون مکیلا او موزونا فی عصره یجری فیه الرّبا الی الابد و کلّ ما یجری فیه الرّبا الی الابد یشترط ان یباع بالکیل او الوزن و النّتیجه انّ کلّ ما کان مکیلا- او موزونا فی عصره یشترط ان یباع بهما و فیه أوّلا- انّه یمکن منع المقدّمه الاولی بانّ ادلّه حرمه الرّبا وارده علی طریق القضیّه الحقیقیّه و قد جعل الموضوع فیها المکیل و الموزون و الحکم یدور مدار عنوانه فی ایّ عصر کان و لا یستلزم النّسخ اصلا فانّه رفع الحکم عن موضوعه لا تبدّله بتبدّله و ثانیا انّه لا مانع من تخصیص الکبری المستفاد من الادلّه و هو انّ کلّما یصحّ بیعه بدون الکیل و الوزن یجوز فیه الرّبا بما دلّ من الاجماع علی کفایه الکیل و الوزن فی عصر الشّارع فی حرمه الرّبا ابدا فیق انّ مقتضی مجموع الادلّه و الاجماع انّ کلّما یصحّ بیعه الخ الّا ما کان مکیلا او موزونا فی عصره و ثالثا انّ مقتضی التّلازم المذکور هو النّتیجه المذکوره و هی انّ کلّ ما کان مکیلا او موزونا فی عصره یشترط ان یباع بهما و هذا لا یجدی فی دعوی و کلّ ما لم یکن مکیلا- و لا- موزونا فی عصره یجوز بیعه جزافا و رابعا انّ اشتراطهم فی الرّبا فی معامله بان یکون الکیل او الوزن شرطا فی صحّه بیعه لا- یدلّ علی اعتبارهما فی صحّه البیع مطلقا و لو لم یکن علی طریق الرّبا کما لو باع ما کان مکیلا فی عصر الشّارع بغیر الکیل و کان العوض ثمنا او من غیر جنسه و لعمری انّ هذا واضح فانّ الشّرط لا یکون الّا من جهه عدم التّفاضل و التخلّص من الرّبا و این هذا من اعتبار الکیل و الوزن فی صحّه بیع ما لا یکون مقدّرا بهما

قوله (عندنا مع عدم الغرر قطعا)

قیدا للعدم

قوله (انّه لا دلیل ح علی اعتبار الکیل)

لانّ الشّک ح یکون من الشّک فی تخصیص زائد علی ما علم تخصیص العمومات به و لا علم اجمالا بوجود اجناس مقدّره بالکیل فی عصره غیر ما ثبت تقدیره به کذلک حتّی یلزم التّقدیر فی المشکوک من هذه الجهه

قوله (و الحاصل انّ الاستدلال باخبار المسأله

هذا هو الصّواب الّذی لا محیص عنه و لیست الاخبار وارده علی نحو القضایا الخارجیّه حتّی یکون المراد من المکیل و الموزون فیها المصداق الفعلیّ المعنون بهما فی زمان المتکلّم

قوله (فی السّجده من الامر الوارد بهما)

متعلّق باحتمال إراده الکیل و الوزن

قوله و ابعد شی ء فی المقام ما ذکره فی مع صد)

فانّ فیه أوّلا ما عرفت من انّ الکلام لیس فی مفهوم المکیل و الموزون و ثانیا انّ الاستصحاب لا یعارض العمومات الدالّه علی

ترخيص الشّارع لبيع غير المقدّر جزافا فما ثبت كونه مكيلا او موزونا فى عصر الشّارع ثمّ تعارف بيعه

جزافا فقد تبدّل الموضوع من المكيل الى الجزاف و شمله حكمه مضافا الى انّ الاستصحاب لا مجرى له من جهه تغيير الموضوع المعنون به الحكم و لم يكن الموضوع ذوات الاجناس و المكيليّه و الجزافيّه من الاوصاف الّتى لا يقدح تغييرها فى الاستصحاب و ثالثا ما ذكره لا يدلّ على التّرتيب المذكور فى كلامهم

قوله (و بالجمله فاتمام المسائل الثلاث بالاخبار مشكل)

و الّذى ينبغى ان يقال انّ المقدّر بالكيل او الوزن او العدد ملحوظا بزمان النّبى (ص) و الائمّه عليهم السّلام و ما بعده من الازمنه على اقسام الاوّل ما علم كونه مقدّرا باحدها معيّنا فى كلّ من الزّمانين الثّانى ما علم كونه كذلك فى زمانهم عليهم السّلام دون ازماننا امّا لخروجه الى احد التّقديرين الآخرين و امّا لخروجه لابتذاله الى الجزاف الثّالث عكس الثّانى و هو ما علم بكونه جزافا فى زمانهم عليهم السّلام دون ازماننا الرّابع ما جهل حاله رأسا فى زمانهم (ع) و يكون فى الأزمنه المتاخّره مكيلا او موزونا او معدودا الخامس ما علم كونه مقدّرا باحد الثّلاثه فى زمانهم عليهم السّلام و جهل تعيينه فيما بعد امّا الاوّل فلا اشكال فى حكمه لشمول الادلّه له مطلقا سواء كان المراد بالمكيل مثلا ما كان كذلك فى عصرهم عليهم السّلام او كان المراد به ما تعارف به التّقدير لتحقّق الموضوع على اىّ حال و اختلاف المكاييل كالموازين لا يوجب اختلافا فى الحكم و امّا الثّانى فالاظهر انّ المدار على التّسميه ففى كلّ زمان عدّ الجنس مكيلا لحقه حكمه و كذا الموزون و المعدود فيما يعدّ جزافا لحقه حكمه لما علمت من انّ المستفاد من ظاهر الادلّه هو تعليق الحكم بعنوان ينطبق على بعض الاجناس فى زمان دون زمان و لم يوجد فيها ما يكون الحكم فيه متعلّقا بخصوصيّات الاجناس فمتى تحقّق العنوان الماخوذ موضوعا لحقه حكمه و متى خرج الشّى ء عن عنوان الحكم اتّبع فى حكمه عنوانه الفعلىّ الصّادق عليه كما هو الشّأن فى جميع الاحكام المتعلّقه بعناوينها الخاصّه مثل انّ الحاضر حكمه كذا و المسافر حكمه كذا و الآبق حكمه كذا و المذكّى حكمه كذا و بول ما يؤكل لحمه طاهر و ما لا يؤكل نجس فانّ فى جميع ذلك و ما شابهها يدور الحكم مدار وجود الوصف و ان لم يتّصف الشّى ء به حال النّطق و على هذا يدور فهم العرف فى مقام الافادات و استفاده المرادات و يؤيّد ما ذكرنا انّ الاصحاب الّا القليل منهم صرّحوا فى باب شرائط العوضين بانّه لا يجوز بيع المكيل الّا بالكيل و كذا فى الموزون و المعدود و لم يتبّهوا على انّ المراد ما كان كذلك فى عصر الشّارع هذا مع انّ عمده انواع المكيل فى عصر الشّارع و الائمّه هى الحنطه و الشّعير و قد صارتا فى الاعصار اللّاحقه من الموزون و هذا ممّا يوجب التّنبيه له على الاصحاب و قد اكتفوا بذكر العنوان الماخوذ موضوعا فقط هذا مضافا الى ما فى صحيحه الحلبى و ما كان من طعام سمّيت فيه كيلا لا يصلح مجازفه بالمعنى

المتقدّم و لا ينافيه ما فى ذيل الرّوايه هذا ممّا يكره من بيع الطّعام و ذلک لانّ التّعبير به ليس من اجل خصوصيّه فيه من حيث كونه طعاما بل الظّاهر انّ التّعبير بالطّعام انّما هو من اجل كونه فى ذلک العصر من اظهر انواع المكيل على انّ جعل المدار على زمان الشّارع ربما يوجب الغرر كما اذا كان الشّى ء يباع معدودا فى عصره و صار فى زماننا موزونا فانّه لا يرفع الجهاله و الغرر ح الّا بالوزن و كيف يصحّ اعتبار التّقدير فيه بالعدّ و الاجماع المدّعى لو سلّم فهو مختصّ بباب الرّبا كما مرّ

فان قلت اذا سلّم الاجماع على كون المدار فى المكيليّه و الموزونيّه هو عصر النّبى (ص) يكون ذلک قرينه على فهم الاصحاب من الادلّه كون الاجناس الّتى كانت مكيله او موزونه مثلا فى عصره (ص) تكون هى الموضوعات للاحكام الثّابته لها من حيث انّها تلک الاجناس لا من حيث كونها مكيله او موزونه و العبره انّما هى بالمسمّى دون الاسم و التّفسير المذكور من المجمعين و ان وقع فى باب الرّباء الّا انّ المفسّر به عنوان اخذ موضوعا فى المسألتين و لو كان التّفسير مخصوصا بباب الرّبا لزم التّنبيه عليه و الّا يكون اغراء بالجهل و بالجمله فالاحتمالات أربعه الاوّل الاخذ بالاجماع على وجه الاطلاق الثّانى طرحه كذلک الثّالث التّفصيل بين خصوص الحنطه و الشّعير فيؤخذ به فيهما فى المسألتين و غيرهما من الاجناس فيطرح فيه و يؤخذ بالعنوان المأخوذ فى المسألتين الرّابع التّفصيل بين الرّبا و غيره فيؤخذ بالاجماع فيه دون غيره و لا محيص الّا الاخذ بالوجه الاوّل

قلت قد مضى شطر من الكلام فى ذلک و تعيين مصداق خاصّ من المفهوم موضوعا للرّبا انّما يكون قرينه لفهمهم ذلک فى خصوص ما هو محلّ كلامهم و لا وجه للتعدّى عنه و ليس فيه اغراء اصلا بل مقتضى القاعده فى غيره هو لزوم الاخذ بالمفاهيم المبتيه و العنوان المأخوذ و انّما خرج عنه فى باب الرّبا لفهم الاصحاب ذلک فيقتصر على مورده خصوصا مع منافات التعدّى لادلّه نفى الغرر و قاعده اشتراط المعلوميّه اذ ربما يكون الشّى ء مكيلا فى زمان الشّارع (ص) و معدودا فى زماننا و باعتبار الكيل و اسقاط العدّ يلزم الغرر ثمّ لا ينبغى ترک الاحتياط بموافقه ما نسب الى المشهور ما لم يكن غرريّا و امّا الثّالث فالاقرب انّه لا يباع الّا بالتّقدير المعتبر فيه و لا يجوز بيعه جزافا للغرر و لا يمكن جعل ترخيص الشّارع لبيعه جزافا تخصيصا لادلّه نفى الغرر لاحتمال كون ذلک الشّى ء من المبتذلات فى زمان الشّارع او فى العرف السّابق بحيث يتحرّز عن الغرر بمشاهدته و قد بلغ عند قوم فى العزّه الى حيث لا يتسامح فيها و امّا الرّابع فلا بدّ من التّقدير بما هو المتعارف و مع اختلاف البلدان يتّبع فى كلّ بلد حكمه و ذلک بناء على المختار من انّ المدار على العنوان المتعارف فواضح و امّا بناء على انّ المدار فى صحّه البيع على ملاحظه

العنوان فی عصر الشّارع فاللّازم هو الحکم بجواز البیع جزافا لاصاله تاخّر الحادث فانّ استقرار العاده علی الاعتبار باحد الثّلاثه امر حادث و الاصل تاخّره و العدم الازلی کاف فی الاستصحاب و به ینـدفع احتمال کونه فی عصر الشّارع معتبرا بالتّقدیر بغیر ما یقدّر به الآن و الاستصحاب القهقرائی و ان کان حاکما علیه الّا انّه لا دلیل علی اعتباره لانّ مرجعه الی اصاله عدم النّقل و المتیقّن هو اعتباره فی باب الألفاظ دون غیرها فاصاله عدم التّقدیر جار بلا معارض و مقتضاه جواز البیع جزافا و هو کما تری و امّا الخامس فعلی القول بانّ المدار علی التّسمیه فی کلّ زمان کما هو المختار فلا اشکال و لکن لا ینبغی ترک الاحتیاط باختیار ما هو ابعد عن الغرر و علی القول الاخر فمن ذهب الی جواز اعتبار کلّ من المکیل و المعدود بالوزن لانّه الاصل فی الاعتبار و اعتبار الکیل للمساهله و العدّ للمسامحه و اغتفار التّفاوت الیسیر فیلتزم فی المقام بالوزن و من ذهب الی عدم جواز اعتبار المکیل بالوزن فیشکل الأمر عنده ثمّ انّک قد علمت انّ المدار فی التّقدیر باحد الثّلاثه انّما هو علی المتعارف و مع اختلاف البلدان فی التّقدیر باحدها یتّبع فی کلّ بلد حکمه و العبره فی المکیل و الموزون بالکیل و الوزن المعتادین فی بلد المعامله سواء وافقه غیره من البلاد أم لا فکما انّ العبره فی أصل مکیلیّه الشّی ء او موزونیّته فی صوره اختلاف البلدان بان کان الشّی ء مکیلا او موزونا فی بلد دون غیره علی بلد المعامله فکذلک فی صوره اتّفاق البلدان فی اصل المکیلیّه مثلا و اختلافهما فی الکیل یکون العبره بالکیل المعتاد فی ذلک البلد و الدّلیل علی ذلک بعد اصاله الفساد بمعنی عدم حصول النّقل و الانتقال الّا بذلک و کذا عدم رفع الغرر الّا به جمله من الأخبار ففی بعضها لا یصلح للرّجل ان یبیع بصاع غیر صاع المصر و فی بعضها لا یحلّ بدل لا یصلح و هل البیع بصاع البلد امر تعبّدی فلا یجوز بغیره أم لا الاقوی هو الثّانی فلو تعاقد الرّجلان فی غیر بلدهما جاز لها البیع بکیل بلدهما او بلد احدهما او الوزن کذلک و لو کان للبلد صاعان تخیّرا فی المعامله بکلّ منهما و لو علی القول بالتعبّد و لکن مع التّعیین و مع الاطلاق فالمتّجه هو البطلان للجهاله الّا مع هجر احدهما و قد یهجر بحیث یخرج عن کونه صاعا فیبطل المعامله به و لو لم یبلغ الی حدّ الهجر و لکنّ الاطلاق منصرف الی غیره تخیّرا أیضا و لا یلزم التّعیین فی هذه الصّوره لانصراف الاطلاق الی ما کثر التّقدیر به و هذا کلّه مع علمهما بالمقدار و لو فی الجمله بان علما باشتهار هذا الکیل او الوزن فی البلد و ان لم یعلما مقدارهما و امّا مع جهلهما رأسا فالبیع باطل للغرر و الجهاله و لو کان شی ء یباع فی بلد مقدّرا باحد الثّلاثه و فی اخر جزافا فلکلّ بلد حکم نفسه کما مرّ و لو کان احد المتعاملین من بلد التّقدیر و الاخر من بلد الجزاف

ففیه الوجوه الآتیه من العبره ببلد فیه وجود المبیع او ببلد العقد او المتعاقدین و الاحوط التخلّص بایقاع المعامله علی وجه لا یفسدها الجهاله

قوله (نعم اختلفوا فیما اذا کان البلاد مختلفه)

و الاقوال فی ذلک من حیث الرّبا ثلاثه احدها ما علیه المشهور و هو انّ لکلّ بلد حکمه ثانیها ما عن جماعه منهم الشّیخ و سلّار و فخر المحقّقین رحمهم اللّه و هو کفایه کون الشّی ء مکیلا فی بعض البلاد فی حرمه الرّبا مطلقا حتّی فی بلد یباع فیه الشّی ء جزافا ثالثها ما عن المفید ره و هو انّ البلاد المختلفه ان تساوت اجناسها فی الکیل و الوزن و عدمهما غلّب جانب الحرمه و الّا فالعبره بالاغلب کیلا و جزافا و احتمل فی الجواهر جواز الرّبا عند الاختلاف معلّلا بانّ صوره اختلاف البلدان خارجه عن اطلاق الخطابین القاضیین بانّ کلّ ما کان مکیلا فی بلد یحرم فیه الرّبا و کلّ ما کان جزافا فی بلد یجوز فیه الرّبا اذ دخوله فیهما یوجب التّناقض فالمرجع بعد الخروج عمومات صحّه البیع و الاصول الحاکمه بجواز الرّبا

قوله (و فی شرح القواعد لبعض الاساطین)

ان اراد بالاختلاف فی عبارته اختلاف البلدین فی الکیل او الوزن ففیه ما مرّ من انّ البیع بصاع البلد لیس امرا تعبدیّا و یتخیّر المتعاقدان بین صاع البلد و غیره مع کونهما فی البلد فکیف لو تعاقدا فی الصّحراء و فی خارج البلد و الوجوه المذکوره لا یعبأ بها و لعلّها مبتیّه منه علی التعبّد فی البیع بصاع البلد و ان اراد اختلاف البلدین باعتبار التّقدیر فی بلد و الجزاف فی اخر کما یشهد له احتماله ترجیح ذی الاختبار علی ذی الجزاف و انّ الاولی التخلّص بصلح او هبه فالاحتمالات وجیهه

قوله (من صلح او هبه بعوض او معاطاه)

بناء علی القول بانّ المعاطاه لیست بیعا و قد سبق فی المتن فی باب المعاطاه انّ الاقوی اعتبار شروط البیع فیها و ان قلنا بالإباحه لأنّها بیع عرفیّ و ان لم یفد شرعا الّا الاباحه

مسئله قد اشرنا سابقا الی انّه یشترط العلم بالثّمن جنسا و وصفا و قدرا و کذلک فی المثمن و من المعلوم انّ اعتبار ذلک انّما هو فی الکلّی من احدهما و أمّا اذا کان شخصیّا فالحاجه الی ذکر الوصف انّما هو فی غیر المشاهد و امّا فیه فالمشاهده مغنیه عنه بلا کلام و هل یعتبر فی الوصف ان یکون له لفظ ظاهر فیه فی اللّغه او العرف کما صرّحوا به فی باب السّلم و یکون المنشأ جهه الکلیّه و لا مدخلیّه للتّاجیل مط او فی خصوص المثمن فیعتبر ذکر الوصف کذلک فی کلّ کلّی حالّ او مؤجّل ثمنا کان او مثمنا او هو مختصّ بذلک الباب و یکون المنشأ التّأجیل فی خصوص المثمن او یعمّه و النّسیه و یکون

المنشأ مطلق التّأجيل فلا يعتبر ذكره فی الحال وجوه الظّاهر هو الاختصاص للعمومات الشّامله لما ذكر فيه الوصف و ان لم يكن بالنّحو المذكور و هذا هو الظّاهر من تخصيصهم ذلك بالذّكر فی السّلم من دون إشاره الی التّعميم و اكتفائهم فی غير ذلك الباب بمجرّد اعتبار ذكر الوصف فالمتيقّن هو رفع اليد عن مقتضی العمومات فی خصوص السّلم للشّهره المحقّقه الّتی توجب الوهن فی التمسّك بالإطلاقات و العمومات فی موردها بل لا يبعد تحقّق الاجماع عليه و قد علّل الاصحاب هناك شرطيّه اللّفظ الظّاهر لغه او عرفا بان يكون ذلك هو المرجع عند التّخالف و هذا التّعليل لا يجری فی النّسيه و الثّمن المؤجّل و كذا فی المثمن الحالّ و لو كانا كلّيين نعم لا بدّ فيهما من تعيين المبيع او الثّمن و هذا لا يشترط فيه ان يكون بلفظ ظاهر فی اللّغه او العرف لحصوله بایّ نحو ارادوا من وجوه التّعيين و نحن لا ننكر امكان وقوع التّخالف و التّنازع بالنّسبه الی الثّمن و النّقدين فی النّسيه أيضا الّا انّه فرد نادر و الحاصل انّه لا وجه لتخصيص العمومات بشرط زائد فی الوصف غير نفی الغرر و انّما رفع اليد عنها فی باب السّلم للشّهره بل الاجماع و لاجلهما يحتمل قويّا جعل الشّارع ذلك شرطا فی خصوصه لكونه مظنّه للنّسيان و التّخالف و موردا لهما غالبا و يكون ذلك حكمه للشّرط المذكور و يوهن بذلك شمول العمومات و الاطلاقات له بخصوصه فتدبّر

[مسأله لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه علی المشهور]

قوله (و الاقوی بناء علی اعتبار التّقدير الخ)

هل جواز الاعتماد علی اخبار البائع بحسب دلاله غير واحد من الاخبار المتقدّمه هو من باب التعبّد و يكون تجويز الاعتماد عليه مع بقاء الجهاله تخصيصا لادلّه نفی الغرر و تنزيلا لاخباره بمنزله الكيل و الوزن و يكون اخباره حجّه و ان لم يفد ظنّا أم هو من باب كونه طريقا عرفيّا للمقدار و يكون كغالب الامارات العرفيّه فی انّه غير منوط بحصول الظنّ الفعلی و يكفی حصوله نوعا أم هو طريق عرفیّ بشرط افاده الظنّ الفعلی وجوه الاقوی هو الأخير و ذلك لعدم استفاده جعل الطّريقيّه لاخباره عن الرّوايات و ظهورها فی كون الخبر طريقا عرفيّا للمقدار و من الواضح انّ الامارات العرفيّه مختلفه و بعضها يكون منوطا بحصول الظنّ الشّخصی و فی المقام حيث انّ الاعتماد علی اخبار البائع انّما هو لرفع الغرر و دفع الخطر فالظّاهر انّ طريقيّته يدور مدار الظنّ الفعلی بل يمكن ان يق انّ الجهاله الموجبه للغرر فی البيع لا يرتفع عند العرف بمجرّد الظنّ ما لم يصل الی درجه الاطمينان بحيث يكون احتمال خلافه فی غايه الضّعف و يظهر أيضا من ذيل روايه ابی العطارد انّ المدار علی الوثوق و الاطمينان حيث قال (ع) اذا ائتمنك فلا بأس و المصنّف ره و ان اختار انّ قول البائع

طریق عرفیّ لمعرفه المقدار فیما یعتبر تقدیره بالکیل او الوزن و لکنّه تردّد فی اعتباره لو لم یفد ظنّا و العجب انّ بعض المحشّین استظهر من عباره المتن انّ اخبار البائع عند المصنّف أماره شرعیّه و امضاء لما هو طریق عرفی فاستشکل علیه انّ بعد اطلاق الاخبار لا دلیل علی اشتراط افاده الظنّ قائلا انّ مذهب المصنّف کون اعتبار جمیع الامارات من باب الظنّ النوعیّ حتّی ادّعی عدم وجود ما یکون اعتباره من باب وصف الظنّ و مع ذلک کیف یقول فی المقام انّ الاقوی بناء علی اعتبار التّقدیر و ان لم یلزم الغرر الفعلی هو الاعتبار و هو کما تری و علی ایّ حال فقد فصّل المصنّف بعد التّردید بین ان یکون اعتبار التّقدیر من جهه الاخبار و ان یکون من جهه نفی الغرر فعلی الاوّل لا بدّ من حصول الظنّ الفعلی لانّه القدر المتیقّن من اخبار جواز الاعتماد علی قول البائع و قد عرفت الاشاره فی ذیل روایه ابی العطارد بل ظاهر روایه محمّد بن حمران حیث یقول فزعم صاحبه انّه کاله فصدّقناه و کذا ظاهر قول الرّاوی فی روایه اخری اشتری منه بکیله و اصدّقه فقال لا بأس و لکن لا تبعه حتّی تکیله انّ السّؤال عن الامام (ع) لا یکون الّا فی صوره حصول الظنّ من قول البائع لمکان اقتران الاخبار بالتّصدیق و علی الثّانی کفی فی صحّه المعامله ایقاعها مبتیّه علی المقدار المخبر به و یندفع الغرر ببناء المتعاملین علی ذلک المقدار فانّ ذلک لیس بادون من بیع العین الغائبه علی اوصاف مذکوره فی العقد فیقول بعتک هذه الصّبره علی انّها کذا و کذا صاعا اقول الظّاهر انّ مرادهم فی هذه المسأله هو ایقاع البیع معتمدا علی اخبار البائع بالمقدار من دون التزام و تقیید بالتّقدیر بعد ذلک بالکیل او الوزن و ان ثبت الخیار لو تبیّن الخلاف و علیه فیرد علی ما افاده أوّلا انّ مجرّد بناء المتعاملین علی مقدار خاصّ لا یخرج المبیع عن الجهاله و اخبار البائع لا یخرج البیع عن کونه جزافا سواء قال هذه الصّبره منّ من الحنطه ثمّ قال بعتک هذه الصّبره أم قال بعتک هذه الصّبره علی ان تکون منّا فکما انّ الاوّل لا یخرج عن بیع الموزون جزافا فکذلک الثّانی و لا یقاس علی بیع الغائب باوصاف مذکوره لانّ ذکر الوصف یخرج المبیع عن الجهاله لتحقّق المشاهده بعد ذلک نعم لو کان وقوع المعامله مبتیّه علی المقدار المخبر به مع الالتزام بالکیل او الوزن بعد ذلک لکان القیاس فی محلّه و لکنّه خارج عن محلّ الکلام و ثانیا لو سلّم انّ البناء علی المقدار المخبر به یخرج المعامله عن الغرر فلیس المدرک للزوم التّقدیر بالکیل او الوزن احد الامرین علی طریق منع الجمع بل الاخبار و نفی الغرر کلاهما دلیلان علی لزوم التّقدیر و غایه الفرق بینهما هو الاقتضاء و اللّااقتضاء نعم لو کانت الرّوایات قاصره عن

الـدّلاله و کان الحکم بلزوم التّقدیر فیما یباع مقدّرا مستندا الی خصوص نفی الغرر لکان للتّردید وجه علی فرض تسـلیم مقتضاه فالاـقرب هو اشتراط حصول الظنّ الفعلی بـل الاطمینان بقول البائع بحیث یخرج البیع باخباره عن کونه مجازفه و غررا و هـذا هو الطّریق العرفی

قوله (و لو تبیّن الخلاف فامّا ان یکون بالنّقیصه الخ)

تبیّن الخلاـف عمّـا وقعت علیه المعامله و اخبر به البائع امّا بالنّقیصه و امّا بالزّیاده و علی الاوّل ففیه وجهان الاوّل البطلان و الثّانی الصـحّه مع الخیار و علی الصـحّه هل الخیار هو خیار الغبن و التّدلیس أم خیار تخلّف الوصف أم خیار التّبعیض وجوه بل اقوال و لاـ بـدّ فی المقام من بیان امور الاوّل لا خلاف فی انّ تخلّف عنوان المبیع مع الواقع فی الجنس و الحقیقه موجب للبطلان کما لو بـاع عینـا بعنوان انّه عبـد فتبیّن کونها جاریه او باع ثوبا بعنوان انّه کتّان فبان قطنا و امّا تخلّف الوصف فالمشـهور علی الصـحّه مع الخیـار کتخلّف وصف الکتـابه فی العبـد و ذهب جمع فیه الی البطلاـن مسـتدلّین علیه بانّ ما وقع لم یقصـد و ما قصـد لم یقع و العقـود تـابعه للقصـود و لـذا الـتزم المتـاخّرون بفسـاد المشـروط لفسـاد شـرطه و یجـاب عنه بثبوت الفرق بین توصـیف الکلّی و توصـیف الشّـخص المعیّن الخارجی و ما ذکرتم انّما یجری فی الوصف المتعلّق بالکلّی فانّ الوصف ینوّعه و یقسّمه فلو باع عبدا کلیّا موصوفا بالکتابه و اقبض عبـدا غیر کاتب کان ذلک غیر ما وقع علیه العقد و امّا المبیع المعیّن الخارجی فالتّوصـیف لا ینوّعه نـوعین فـانّه مشـخّص خارجـا و من البـدیهی عـدم انقسـامه الی واجـد الوصف و فاقـده و مـا وقع علیه العقـد هو نفس مـا قصـد فالتّوصـیف و ان کان منشأ لتعلّق القصد و العقد بالمشار إلیه الّا انّ ذلک لا یخرجه عن کونه مقصودا و البطلان فی صوره تخلّف العنوان بحسب الحقیقه و الجنس و ان کان المبیع شخصیّا فانّما هو من اجل انّ مالیّه الشّـی ء بصورته النوعیّه لا بمادّته المشترکه مع الاموال الاخر و الاغراض النوعیّه فی المعاملات المتعلّقه بالاعیان انّما تتعلّق بالصّوره فتخلّف العنوان یوجب تغییر ما هو المبیع و ما تراضـیا علیه بتمام الحقیقه من دون فرق بین جعل العنوان موضوعا کقول البائع بعتک العبد او جعله وصفا کقوله بعتک هذا الّذی هو عبد او جعله شرطا کقوله بعتک هذا ان کان عبدا هذا مضافا الی قیام الاجماع علی البطلان

فان قلت اذا کان العقد فی تخلّف الوصف محکوما بالصحّه و کان الاشاره اقوی من الوصف فالاصل هو اللّزوم و ما وجه الخیار

قلت انّ نفی الضّـرر یرفع اللّزوم و وجـوب الوفـاء الثّـابتین بمقتضـی ادلّه الاسـباب و یثبت الخیـار لحکومته علیهـا الثّـانی لاـ وجه لاحتمال البطلان فی صوره تبیّن النّقیصه ضروره انّ بیع عشره امنان

من الحنطه و تبيّن كونها ثمانيه ليس من قبيل بيع الثّوب على انّه كتّان فبان قطنا و بيع عين على انّه عبد فبان جاريه فانّ الجزء و الكلّ ليسا مختلفين فى الحقيقه و الجنس و حقيقتهما واحده و قد اختلفا فى المقدار و الاختلاف فى الكمّ كالاختلاف فى الكيف و لا وجه للبطلان بل يحكم بالصحّه و ثبوت الخيار و على تقدير الامضاء امّا يقسّط شى ء من الثّمن بإزاء المقدار الفائت لانحلال البيع الى بيوع متعدّده بالنّسبه الى كلّ منّ و يستردّ بعد الامضاء مقدار الفائت و امّا يصحّ البيع بالنّسبه الى الجميع كتخلّف الوصف الّذى لا يوزّع الثّمن بإزائه و توهّم عدم الفرق بين تخلّف عنوان المبيع و تخلّف مقداره فى الحكم بالبطلان فانّ كلّا منهما من شرائط صحّه البيع و كما يحكم بالصحّه فى الاوّل قبل تبيّن الخلاف بسبب القطع بتحقّق العنوان او لقيام أماره معتبره عليه و يحكم بالبطلان بعد الانكشاف فكذلك فى المقام حيث انّ تعيّن المقدار شرط فى الصحّه و الحكم بها قبل تبيّن الخلاف لا ينافى البطلان بعده مدفوع بثبوت الفرق الواضح بينهما فانّ كلّا منهما و ان كان من شرائط صحّه البيع الّا انّ تخلّف العنوان يوجب البطلان من جهه تخلّف نفس المنشأ بالعقد و اختلاف الموجود لما هو المبيع حقيقه بتمامه و امّا تخلّف المقدار فليس الّا من حيث وصف التّبعيض و كلّ منهما و ان كان من شرائط الصحّه الّا انّ جهه التخلّف فى احدهما هو الغرر فيوجب الخيار و فى الاخر تخلّف المنشأ و ما هو مناط الماليّه الخاصّه من الصّوره النوعيه فيوجب البطلان رأسا الثّالث اذا ظهر انّ مقتضى القاعده هو الصحّه و الخيار فالاشكال انّما هو على تقدير امضاء المشترى فقد يقال انّ المقدار وصف للمبيع المتقدّر كالكتابه فى العبد و الوصف لا يقع بإزائه شى ء من الثّمن و انّما يكون وجوده منشأ لزياده قيمه الموصوف به فالخيار يكون بين فسخ العقد و امضاء تمام الثّمن و قد يقال انّ الاوصاف اذا كانت خارجيّه ككتابه العبد و نحوها ممّا لا يتوقّف صحّه البيع عليها و لا يوجب وجوده و عدمه سعه و ضيقا فى اجزاء المبيع فالخيار لا يكون الّا بالفسخ و امضاء تمام الثّمن لانّ هذه الاوصاف لا يقع بإزائها شى ء من الثّمن و أمّا اذا كانت داخليّه كمقدار المبيع من كميّته المتّصله او المنفصله و نحوها من الكيفيّات كالخفّه و الثّقل ممّا كانت صحّه البيع موقوفه على العلم بها و يوجب وجودها و عدمها سعه و ضيقا فى المبيع فالخيار لا يكون الّا بالفسخ و امضاء مقدار من الثّمن بنسبه الحصّه و هو الاظهر لانحلال البيع حقيقه الى بيوع متعدّده و الثّمن موزّع عليها و اذا بيع عشره امنان من الحنطه بعشره دراهم فقد قوبل كلّ منّ بدرهم

و اذا تبيّن النّقص فلا محيص الّا من نقص الثّمن بتلك النّسبه على تقدير الامضاء و المقدار الموجود لا مانع من تأثير العقد فيه و له الفسخ لتبعّض الصّفقه من دون فرق بين جعل عنوان المبيع المقدار الكذائى مشيرا الى العين الخارجيّه كما لو قال بعتك عشره امنان الّتى هى هـذه الصّبره او جعل عنوان المبيع نفس العين الخارجيّه مشروطا بكونه كـذا مقدار كما لو قال بعتك هذه الصّبره مقدّره بكونها عشره امنان فان المقدار جزء المبيع و اختلاف التّعبير لا يغيّر الواقع و تمام الكلام فى ذلك يأتى إن شاء اللّه تعالى فى المسأله السّابعه من مسائل الشّرط الصّحيح و امّا احتمال كون هذا الخيار من خيار الغبن او التّدليس فليس له وجه اصلا الرّابع اذا تبيّن الزّيـاده ففيه وجوه الاوّل الصـحّه و كون الزّياده للبائع و الحكم بالخيار للمشترى الثّانى الصـحّه و كون الزّياده للمشترى و الخيـار للبـائع بين الفسـخ و الامضـاء بالثّمن للمجموع الثّالث البطلان رأسا كما عن المبسوط و الاظهر الاوّل فانّ العقـد و ان كان واقعا على العين الخارجيّه الّا انّها لمّا كانت ممّا يعتبر فيه المقـدار و قد قدّر بما اخبر به البائع ففى الحقيقه كان المبيع ما تبانيا عليه من المقـدار و لـذا قلنا بتوزيع الثّمن فى صوره تبيّن النّقيصه و قلنا بعـدم الفرق بين جعل المبيع المقـدار الكذائى مشـيرا الى العين الخـارجيّه او جعله نفس العين الخـارجيّه موصوفه بكونهـا عشـره امنـان مثلا و الّا فلا اشـكال فى إنشاء البيع بنفس العين من دون تقديرها بمقدار خاصّ باطل فان دلّت القرينه على انّ المراد من المقدار الّذى تباينا عليه هو كونه بشـرط لا اى كونه شـرطا للبائع من حيث عـدم الزّيـاده و عليه من حيث عـدم النّقيصه فعنـد تبيّن الزّياده ينكشف بطلان البيع و عـدم تملّك المشترى ما ذكر من المقـدار و ان دلّت القرينه كما هو الظّاهر على انّ المراد اشتراط بلوغ المبيع بهذا المقدار لا بشـرط عدم الزّياده فالحكم ما ذكرنا من الصـحّه و كون الزّيـاده للبـائع و لاـ وجه لتوهّم انّ فى هـذه الصّوره يكون الزّياده للمشترى فانّ اللّابشـرط لا يقتضـى ملكيّه ما لوحظ بالإضافه إليه بنحو اللّابشـرط بل يقتضـى ملكيّه خصوص المقـدار الّـذى تبانيا عليه و لو انكشف الزّياده و امّا الخيار فلعيب الشّركه و لم يدخل على الرّضا بها حيث انّه اقدم على ان يكون الجميع له فظهر الشّركه و كون المبيع غير مفروز و ذلك نقص و عيب عندهم فى المبيع و لا خيار للبائع فانّه اضـرّ على نفسه و اقدم على مقابله الجميع بالثّمن بل ظهور الشّـركه نفع له فى الحقيقه لاـ انّه ضـرر عليه فانّهـا نقص فى قبال الافراز و الاسـتقلال لا فى قبال عـدمها و قـد يتخيّل منع تحقّق اقـدام البائع على الضّـرر فى صوره كونه جاهلا بالزّياده و الانصاف عدم الفرق بين صورتى العلم و الجهل فانّه اقدم على

تمليك تمام المبيع من دون شرط على المشترى اصلا بخلاف اقدام المشترى فانّه مشروط ضمنا بعدم الشّركه و يوجّه الثّانى بانّ العقد واقع على العين و المقدار وصف للمبيع المتقدّر و الوصف لا يقع بازائه شى ء من الثّمن فالتخلّف بالزّياده يوجب خيار البائع بين الفسخ و امضاء تمام الثّمن و يضعّف بما سبق من انّ الاوصاف الداخليّه ليست كالخارجيّه و البيع واقع على المتقدّر فلا مقتضى لملكيّه المشترى ما زاد عن المقدار المذكور و يوجّه الثّالث بانّ البائع لم يقصد بيع الزّائد و المشترى لم يقصد شراء البعض و ليس غرض المستدلّ انّ البائع قصد البيع بشرط لا عن الزّياده حتّى يستشكل عليه بل الغرض انّه لم يقصد الزّائد و هذا كاف فى عدم مطابقه الايجاب و القبول و عدم توارد القصدين على امر واحد و يضعّف أوّلا بما سبق من انّ الاختلاف فى الكمّ كالاختلاف فى الكيف و تخلّف المقدار يشبه تخلّف الوصف و العقد وارد على العين الخارجيّه مقدّره بكونها كذا و ثانيا بانّ العقد و القصد الواقع من المتبايعين ان كان واقعا على العين موصوفا او مشروطا بكونها عشره امنان و هذا هو مفروض المسأله فالقصد و العقد واقعان على ذات المبيع و تخلّف الوصف او الشّرط لا يوجب الّا الخيار و ان كانا واقعين على العين مقيّده بكونها عشره امنان بحيث يكون المبيع كذا بشرط لا عن النّقيصه و الزّياده فالتخلّف يوجب البطلان سواء زاد او نقص و لكنّ البطلان ليس من جهه ما ذكره المستدلّ لانّ مورد العقد ح شى ء واحد و على اىّ حال لا وجه لجعل قصد البائع متوجّها الى بيع العين على الوجه الثّانى و قصد المشترى الى البيع على الوجه الاوّل ثمّ انّ هنا وجوها اخر ذكرها الاصحاب أيضا فى البيع مشروطا بكون المبيع قدرا معيّنا فتبيّن الزّياده و الجميع ضعيفه جدّا منها كون الزّياده للبائع و لا خيار للمشترى ذهب الى هذا جماعه و يعلّل بتقديم الوصف على الاشاره مع اصاله اللّزوم و منها صحّه البيع و تخيّر البائع بين تسليم المبيع زائدا و تسليم القدر المشروط فان رضى بالجميع فلا خيار للمشترى لانّه زاد خيرا و ان اختار تسليم القدر المشروط تخيّر المشترى بين الفسخ و الاخذ بجميع الثّمن المسمّى اختاره العلّامه فى المختلف ثمّ قال و هل للبائع خيار الفسخ يحتمل ذلك لتضرّره بالمشاركه و الثّانى لا خيار له لانّه رضى ببيع الجميع بهذا الثّمن فاذا وصل إليه الثّمن فى البعض كان اولى و لانّ الضّرر حصل بتغريره و اخباره بالكذب فلا يتسلّط به على الفسخ و منها انّه ان دلّت القرينه على انّ المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزّياده فالظّاهر انّ الكلّ للمشترى و لا خيار و ان اريد ظاهره و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزّياده

و علیه من حیث عدم النّقیصه فالخیار للبائع بین الفسخ و الاجازه لمجموع الشّی ء بالثّمن ذکره المصنّف قدّس سرّه

[مسأله هل یجوز بیع الثوب و الأراضی مع المشاهده]

قوله (فی اصل الحقیقه بخلاف الجزء و الکلّ فتأمّل)

إشاره الی دقّه ما ذکره حیث انّ جامع المقاصد ردّ احتمال البطلان بانّ بیع الثّوب علی انّه کتّان من غیر الجنس و تبیّن النّقیصه فی المقدار منه و انّما الفائت الوصف و اراد المصنّف بیان انّ الفائت فی المقام من تخلّف الجزء و الکلّ و یشبه فوات الوصف لا انّ الفائت الوصف و یمکن ان یکون إشاره الی الخلاف الآتی و قوّه احتمال کونه من تخلّف الوصف و علی ایّ حال فالمتعیّن الصحّه و الخیار لا البطلان

[مسأله بیع بعضٍ من جملهٍ متساویه الأجزاء]

قوله (اقول یشکل الحکم بالجواز فی کثیر من هذه الموارد)

هذا هو الصّواب نعم قد یتعارف کفایه المشاهده فی بعض الاراضی و کذا فی الثّوب المخیط و لا مانع عن الصحّه ح بعد ارتفاع الغرر و عدم عدّه من الجزاف و امّا قطیعه الغنم فالظّاهر عدم کفایه المشاهده فیها علی کلّ حال

قوله (الاوّل ان یرید بذلک البعض کسرا واقعیّا فی الجمله)

اعلم انّ معرفه حقیقه الاشاعه و المراد من الکسر المشاع انّما یذکر فی باب القسمه من کتاب الشرکه و القضاء و لا بأس بتوضیح ذلک لتکون علی زیاده من بصیره فی المقام فنقول انّ معنی الشّرکه علی وجه الاشاعه و شیاع مال خارجیّ بین شخصین الّذی هو مورد القسمه بعد القطع بعدم اختصاص شی ء معیّن من المال باحد الشّریکین و عدم احتمال ملکیّه کلّ منهما حصّه من المال معیّنه عند اللّه تعالی و مبهمه عندنا بالاجماع و الضّروره یمکن تصویره بوجوه الاوّل ما یستفاد من الجواهر و هو انّها عباره عن اختصاص کلّ منهما بمفهوم النّصف مثلا المتعلّق بالعین المنتشر فی افراده انتشار الکلّی فی افراده فکلّ منهما یملک نصفا کلیّا من الکلّ علی البدل بحیث یصدق علی کلّ نصف فرض تجزیته من المال بحسب العرض او الطّول او غیرهما انّه لهذا او للآخر علی سبیل البدل و معنی مالکیّه احد الشّریکین للنّصف انّ ایّ نصف فرض یکون ملکا له علی البدل و کذلک الشّریک الاخر سواء فرض العین المشاعه قطعه متّصله او قطعا منفصله کما فی بیع الصّاع من الصّبره و بعض القصب فی اطنانه و من المواضع الّتی افاد ذلک احتمالا ما ذکره فی أوّل القسمه من کتاب الشّرکه فی ردّ صاحب الحدائق حیث انکر العثور علی القرعه فی القسمه بعد تعدیل السّهام فی شی ء من اخبارها بلفظه قلت قد یقال بمنع صدق الاقتسام شرعا بعد فرض اعتبارها فیه علی المجرّد عنها فلا دلاله ح لما فی النّصوص المزبوره علی ما ذکره خصوصا بعد تعارف القرعه قدیما و حدیثا بین المتشرّعه فی قسمه الاموال المشترکه بل قد یقال انّ تعریف القسمه بانّها تمییز الحقوق بعضها

عن بعض يقتضـى انّ حصّه الشّـريک کلّی دائر بين مصاديق متعدّده فمع فرض تراضـی الشّـريکين مثلا علی قسـمه المال نصفين علی ان يکون نصف کلّ واحـد منهما فی النّصف المقسوم احتيـج الی القرعه فی تشـخيص کلّ من النّصـفين لکلّ منهما فهی ح لاخراج المشـتبه و هو محلّ القرعه لا انّ القرعه ناقـل او جزء ناقـل لاسـتحقاق کـلّ من المالين الی الأخر بل ان لم يکن اجماع امکن القول بانّ المراد من اشاعه الشّرکه دوران حقّ الشّـريک بين مصاديقه لا انّ المراد منها ثبوت اسـتحقاق الشّريکين فی کلّ جزء يفرض و الّا لا شـکل تحقّقهـا فی الجزء الّذی لا يتجزّی من المال المشترک و بـذلک يتّجه اعتبار القرعه فی القسـمه بعد تعديل السّهام و رضـی الشّـريکين مثلا فی تعيين کلّی مصداق اسـتحقاق احدهما فی الخارج ضروره کونه ح من مواردها بل لا يتحقّق الاقتسام بـدونها لعـدم کون المدار فيها رضاهما بانّ ماله من الحقّ فيما هو فی يد شـريکه عوض ما فی يده کی يکون من قبيل المعاوضات و الّا لم يعتبر فيها تعديل السّهام لتسلّط النّاس علی اموالهم مع انّ فاقده ليس من القسـمه شرعا قطعا و لا شکل أيضـا قسـمه الوقف من الطّلق و الّا لکان بعض اجزاء الوقف طلقا و الطّلق وقفا علی انّ هـذا الرّضاء بعـد فرض عـدم انـدراجه فی عقد من العقود المملّکه کيف يکون سببا لنقل المال الی الاخر فضلا عن لزومه و ليس فی القسمه عموم او اطلاق يقتضی ذلک کی يکون ح امرا مستقلّا برأسها بخلافه علی ما ذکرنا فانّه غير محتاج الی شی ء من ذلک ضروره الاکتفاء برضاهما فی تشخيص المصـداق و القرعه لاسـتخراج خصوص ما لکلّ منهما من المصـداق واقعا فيکشف ح عن کون حقّه فی الواقع ذلک و لا يحتاج بعد الی عموم او عقد اخر يقتضـی الملک او اللّزوم فتأمّل جيّدا فانّه دقيق نافع انتهی و قد جزم بما ذکر فی کتاب القضاء و يدفعه أوّلا انّه خلاف ما يسـتفاد من الادلّه و کلمات الاصحاب و من الواضح انّ العرف أيضا لا يری فی الاشاعه الّا الشّرکه فی ایّ جزء فرض من المـال مـا دام يقبـل القسـمه لا مـالکيّه کـلّ من الشّـريکين له علی البـدل و ثانيـا انّ لازم هـذا الوجه انتفاء الملک عن الموجود الخـارجی فلا يکون ملکا لاحـدهما کانتفائه لمشتری الصّاع من الصّبره عنها و لـذا لا ينتفی ملکه بتلف بعض الصّبره ما بقی منهـا صاع و انتفائه حين انتفاء المجموع انّما هو لانتفاء الکلّی المقيّـد و الطّبيعی الموجود بوجود الافراد لا لکون الفرد الباقی ملکـا له بخصوصه مع وضوح انّ فرض کونه ملکـا للمشتری ح لانحصـار المصـداق فيه لا يوجبه قبله و يلزمه أيضا انتفاء الملک عن النّمـاء لکونه تابعـا لاصـله و ثالثـا انّ لازمه بطلان وقف المشـاع و عتقه و رهنه و غيرها ممّا يشترط فی متعلّقه ان يکون عينا خارجيّه مملوکه لأنّ

المملوک علی قوله هو الکلّی المنطبق علی افراد العین الخارجیّه و العین تکون مجمعا لمصادیق ذلک المملوک الکلّی و رابعا انّه حیث ذهب الی ما ذکر فی معنی الاشاعه التزم بما لم یقل به احد من الاصحاب و هو عدم صحّه القسمه فی مالین مختلفین فی سبب الشّرکه کما اذا کان السّبب لها فی بعض المال هو الارث و فی البعض الاخر الشّراء و ذلک من جهه قصر مصادیق المملوک لکلّ من الشّریکین فی کلّ شرکه فی خصوص احد المالین فانّهما ملکا هذا المال المشاع علی حسب سهمیهما قبل تملّکهما للمشاع الاخر فکلّ منهما ملک فی احدهما نصفه ای کلیّه الّذی مصادیقه لا تخرج عنه فلا یصحّ فی رفع الشّرکه تشخیص حقّ احدهما فی مال آخر کما لا یصحّ تشخیص کلّی صاع من صبره مخصوصه فی بعض مصادیق صاع من صبره اخری فالتزم بعدم القسمه الّا فی کلّ مال علی حده قال فی کتاب القضاء فی مسئله الاجبار علی القسمه ما هذا لفظه اللّهم الّا ان یکون فی مختلف جهه الشّرکه فیه بمعنی عدم الشّرکه فی مجموع آحاده و ان تحقّقت فی افراده باسباب مستقلّه فانّه لا جبر فی قسمه بعض فی بعض قطعا بل الظّاهر عدم مشروعیّه القسمه فیه بالمعنی المصطلح و ان جازت بنوع من الصّلح و نحوه لکون القسمه ح قسمه معاوضه لا افراز و ذلک لانّه معها یکون له النّصف من کلّ منهما مثلا و لا یجب علیه معاوضه ما یستحقّه فی احدهما بما لصاحبه فی الاخر اذ لیست هی افراز ح بخلاف ما لو کانت الشّرکه فی مجموعه فانّ له ح نصفا منه و هو یمکن انطباقه علی احدهما و من ذلک یظهر لک اعتبار الاشاعه فی مجموع الاعیان المشترکه الّتی یراد قسمتها بعض فی بعض بل لا موضوع للقسمه فی غیره ممّا آحاده مشترکه باسباب مستقلّه من دون شرکه بمجموعه و لیس المراد فی الأوّل اعتبار نصف المجموع مثلا کی یرد ح عدم جواز قسمه بعض المال المشترک دون بعض او قسمه بعضه بالافراز و الاخر بالتّعدیل و المعلوم خلافه نصّا و سیره و انّما المراد زیاده مصادیق النّصفیه بملاحظه الشّرکه فی المجموع علی وجه یصحّ قسمه بعض فی بعض بحیث یکون النّصف احد المالین مثلا فتأمّل فانّه دقیق انتهی کلامه و هو بطوله غیر قابل للقبول لوجوه الاوّل ما عرفت الاشاره إلیه من منافاته لکلماتهم و اطلاقاتهم فی باب القسمه و باب الشّرکه و لم یعهد من احد منهم تقیید صحّه القسمه بوحده سبب الشّرکه الثّانی انّ من المقطوع انّ الغنائم کانت تقسم بین المقاتله مع تملّکهم لها بالاخذ دفعات و کذا بیت المال بین مستحقّیه الثّالث انّ کثیرا ما یحصل الشّرکه فی الاعیان المتعدّده بین الشّریکین باسباب متعدّده کما اذا کان بینهما ثمن یعاملان معه فی طول مدّه علی سبیل الشّرکه و یتقلّبان فیه بانحاء التقلّبات من وجوه التّجارات بل ربما یعاملان فی

یوم واحد معاملات عدیده متمیّزه ثمّ یریدان فی اخر المدّه تقسیم الاعیان المشترکه بینهم بالاسباب المتعدّده و کیف یمکن فی الصّوره قسمه کلّ مبیع بانفراده و کلّ ثمن کذلک و لم یقل احد فیها بعدم جواز قسمه التّعدیل بعد عدم امکان قسمه الافراز و کذا یلزمه نفی القسمه فی باب المضاربه مع انّ الشّرکه الحاصله فی المعاملات الّتی تقع من العامل فی طول المدّه لمالک واحد انّما تکون فی الاعیان المتعدّده الحاصله باسباب کذلک و توجیه الفرض الاوّل بوحده مالیّه الثّمن المشترکه من حیث خلط المالین الّذین کانا رأس مالهما و هی تقتضی وحده ما یقابله من الاعیان لاشتراک العوض و المعوّض فی الحکم و ان کانت الملکیّه الحاصله لکلّ واحد من العوضین فی کلّ معامله بسبب مستقلّ کتوجیه الثّانی بوحده العمل من العامل فتقتضی وحده المالیّه فی الاعیان فهما خارجان عن محلّ کلامه فانّ کلامه انّما هو فیما کان السّبب لحصول کلّ من المالین غیر الاخر و لم یکن لهما ثمن واحد فمضافا الی وهنه فی نفسه یوجب تفصیلا فی صوره تعدّد الاسباب و لم یشر إلیه فی کلامه و لم یقل به احد الرّابع انّ ما یوجب القسمه هو شیاع المال بین شخصین و مملوکیّته لهما کذلک و من الواضح انّ وحده المالیّه و تعدّدها انّما هی بالاعتبار و لیس لها واقعیّه اصلا لانّ الوحده الحقیقیّه منتفیه فی کافّه الاجسام و الاموال لوضوح اشتمالها علی اجزاء غیر محصوره و تعدّد السّبب لا یوجب تعدّدا فی اعتبار المالیّه و الملکیّه و یشهد له ما لو ملک شخص ما لا باسباب عدیده من البیع و الصّلح و الهبه و الارث من دون شرکه مع غیره فانّه لا یصحّ اعتبار تعدّده بلحاظ الاسباب و لا یعتبر الّا کونه مالا واحدا و لو ملک اموالا عدیده و لو بسبب واحد یصحّ اعتبار مالیّه واحده بلحاظ الجمیع و اعتبار الاموال عدیده بلحاظ کلّ منها منفردا فکما انّ فی مالکیّه شخص واحد اموالا عدیده یصحّ کلا الاعتبارین فکذلک فی مالکیّه الشّریکین لها اذا لاحظنا المالیّه مضافه الی العین الخاصّه و المحلّ المختصّ بها و اعتبرنا خصوصیّه المحلّ القائم به المالیّه عدّت الاموال متعدّده و اذا لاحظناها مضافه الی نفس المالیّه و ملکیّتهما للمجموع عدّت مالا واحدا لهما و ان کانت الملکیّه المشاعه الحاصله فی کلّ منها بسبب مستقلّ و صدق علی کلّ واحد منها انّه بعض المال المشترک الخامس انّ ما ذکره ره علی فرض تمامیّته لیس مبتیّا علی خصوص ما اختاره من انّ المشاع عباره عن کلّی الکسر بل یجری أیضا علی القول المشهور الآتی و هو المنصور من انّ الاشاعه حاصله فی کلّ جزء جزء و یقال انّ الاجزاء الّتی یستحقّها احد الشّریکین فی هذا المال بسبب البیع مثلا لا تستأهل القسمه

الّا وحدها لا تقسيمها مع الاجزاء الّتى يستحقّها بسبب اخر الثّانى من وجوه معنى الشّركه ما ذكره بعض الأساتذه المتاخّرين طاب ثراه فى كتاب القضاء و هو انّها عباره عن اختصاص كلّ من الشّريكين بمصداق هذا النّصف الكلّى من مجموع المال المشترك الخارجى لكن لا ـ معيّنا بل مردّدا بين جميع مصاديقه و الفرق بين هذا و سابقه هو الفرق بين مدلولى اسم الجنس و النّكره فانّ مدلولها جزئىّ و ان لم يكن معيّنا فمملوك كلّ منهما احد مصاديق النّصف المتصوّره من عين الموجود الخارجى و اجاب عنه بانّه و ان سلم من لزوم نفى الملك عن الموجود الخارجى و ما يترتّب عليه الّا انّه يشكل بعدم حصول النّقل على هذا الوجه فى القسمه الّا فيما اختلف فيه سبب الملك و لو باختلاف الزّمان كحيازه الشّريكين شيئا ثمّ مثله و ظهور الرّبح فى مال القراض تدريجا و نحو ذلك و وجه العدم ظهور كون المملوك على هذا الفرض شيئا واحدا قبل القسمه مبهما و مردّدا و بعدها معيّنا اذ المملوك كان احد مصاديق النّصف فى الجميع لا ـ فى كلّ جزء حتّى يوجب صيروره اجزاء لهذا موجبا لانتقال نصفها إليه كالعكس و الحاصل له بعد القسمه أيضا مصداق منها و قد كان مملوكا من غير تعيين و هذا بخلاف مورد الاستثناء فانّ فى كلّ مال قد ملك نصفه فلو صار جميعه له و الاخر لصاحبه او بالعكس فقد انتقل الى كلّ مال الاخر و هذا التّفصيل خلاف الاجماع لانّهم فى غير قسمه الردّ على قولين حصول النّقل لكلّ منهما بها فى كلّ مورد و عدمه كذلك فالقول بالتّفصيل خلاف الاجماع و كذا يشكل بعدم جواز بيع احدهما او وقفه و نحوهما لنصف بعض معيّن من المشترك لتردّده بين ان يكون فى فرض وقوعه بتمامه او بنصفه او ازيد فى سهمه و لصاحبه فى فرض وقوعه بازيد من نصفه الى تمامه فى سهم صاحبه و هذا زائد على التّرديد الّذى فى اصل المملوك و لا بأس ببيعه على ما هو عليه للدّليل لانّه ح مملوك للبائع كما اذا باع تمام نصفه او بعضه فى الجميع و يصير المشترى قائما مقامه مط او فى الجمله الا ترى انّه يصحّ اعتاقك او صلحك لاحد العبدين المملوكين لك من غير تعيين المعتق و المصالح عنه بخلاف اعتاقك لعبد مردّد بين ان يكون لك او لغيرك و الفرق واضح الثّالث ما ينسب الى بعض المشايخ ره و هو انّها عباره عن تملّك كلّ منهما لتمام المشترك الموجود فى الخارج لكن ملكيّه ناقصه لا تمنع بنقصانها عن تملّك الغير له أيضا كذلك كالوجوب فى المخيّر على ما ذهب إليه جمع فانّه لنقصه لا يمنع عن جواز تركه فى الجمله و مع زياده نصيب احدهما على الاخر يكون كشدّه وجوب احد فردى التّخيير و افضليّته لا انّه يتجزّى الملكيّه و الاختصاص و يكون ثلثها لهذا و ثلثاها لذاك اذ الظّاهر بساطتها كبساطه

الوجوب و غيره و ما يمتنع هو اجتماع ملكين تامّين فى شى ء واحد كامتناع الوجوب التّعيينى مع جواز التّرك و لو فى الجمله فمعنى كون الثّلثين لاحدهما قوّه ملكه النّاقص فى نفسه على ملك صاحبه بمرتبتين كما انّ معنى كون الثّلث للآخر نقصه عن ملك صاحبه بمرتبتين زياده على نقصان نفسه و ازاله القسمه للشّركه ح باكمال الملك النّاقص بنقصان متعلّقه فيتقوّى و يكون تامّا فى بعضه على حسب نقصه فان كان على النّصف تمّ برفعه عن نصف متعلّقه و ان كان على الثّلث تمّ برفعه عن ثلثيه و هكذا و قد يؤيّد هذا الوجه بانّ الملك مقتضى اليد و لكلّ من الشّريكين يد على المجموع لكن ناقصه و فى باب التّداعى فى مسئله ما لو تداعيا ما فى يديهما يعترف فى الجواهر بثبوت اليد من كلّ منهما على الجميع و قد يتسبّب عن عمل حيازه او احياء منهما و قوله (ع) من حاز او احيى ارضا فهى له صادق عليهما معا بالنّسبه الى المجموع و لا يصدق على كلّ منهما بالنّسبه الى النّصف و قد يتسبّب عن هبه او وقف او شراء او غيرها و ظاهر صيغ الجميع تملّكهما للجميع فانّ التّثنيه فى قوّه تكرير المفرد و اذا قال وهبت هذا المال لكما فهو فى قوّه ما لو قال لكلّ منهما وهبت هذا المال لك و أفاد الهبه للجميع لكلّ منهما لا النّصف و يدفعه انّه مخالف لظواهر الادلّه من الكتاب و السنّه مثل قوله تعالى فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَ إِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَ لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ و قوله تعالى وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ الخ و لهنّ الرّبع ممّا تركتم فلهنّ الثّمن و مخالف لفتوى الاصحاب و تعريفهم للقسمه بانّها تمييز احد النّصيبين عن الاخر و عليه يلزم تعريفها بانّها اكمال ملك بقصر متعلّقه كما هو واضح و يضعّف ما ذكر من التّاييد بانّ اليد كاشفه عن الملكيّه لا انّها سبب لها مضافا الى انّ ثبوت اليد من كلّ منهما على المجموع على فرض تسليمه انّما هو من حيث مالكيته لحصّته من كلّ من اجزاء المجموع لا من حيث مالكيته للمجموع ناقصه و لو تسبّب عن عمل حيازه او احياء فالصّدق المذكور تامّ لا نمنعه و لكن اين هو من ثبوت الملكيّه النّاقصه و انّما يفيد مالكيّتهما للمجموع و قولكم لا يصدق على كلّ منهما بالنّسبه الى النّصف انّما يصحّ لو اريد النّصف المعيّن و امّا بالمعنى الّذى اشرنا إليه و يأتيك شرحه فلا ضير فيه اصلا و ما ذكر من انّ التّثنيه فى قوّه التّكرير و اذا قال وهبت لكما افاد الهبه للجميع لكلّ منهما فانّما يتمّ لو افاد الهبه كذلك بالملكيّه التامّه و هو محال و انّما المصحّح كما هو المتفاهم عرفا تمليك المال لهما بالتّسهيم هذا كلّه

مضافا الی انّ علیه لا یصحّ قول احدهما مثلا بعت نصف المال و هو کما تری الرّابع ما قاله بعض المحشّین فی معنی الاشاعه و هذا لفظه و التّحقیق انّ الشّی ء القابل للقسمه فی نفسه موجود واحد و من حیث القبول للانقسام یکون وجوده بالفعل وجود الاقسام بالقوّه فالاقسام موجودات خارجیّه لکنّها قبل الافراز وجودها علی حدّ الامور الانتزاعیّه الّتی نحو وجودها وجود مناشئ انتزاعها فالمنشأ موجود بالفعل و الامر الانتزاعی موجود بالقوّه بنحو وجود المقبول بوجود القابل فهو خارجیّ بخارجیّه منشأه و جزئیّ حقیقی بجزئیّه منشأه و حیث انّ تلک القسمه المتساویه لقسمه اخری متساویه النّسبه الی تمام اجزاء ذلک الموجود بالفعل فلذا یقال انّها مشاعه و ساریه فی الکلّ و منه یتّضح انّ المشاع لیس کلیّا فی نفسه و انّه یفترق عن الکلّی فی المعیّن بجزئیّته دون الکلّی فی المعیّن کما یفترق الکلّی فی المعیّن عن غیره بانحصار افراده فی المعیّن دون مطلق الکلّی و ممّا ذکرنا فی المراد من الکسر المشاع یتّضح بالتأمّل کون الافراز و القسمه الفعلیّه تمییز الحصص لا انّها مبادله و ذلک لانّ النّصف المشاع المملوک لکلّ من المالکین لا تعیّن له الّا هذا التعیّن و کونه نصفا فی قبال الثّلث و الرّبع و حیث انّه قابل لانحاء التعیّنات المتبادله بالفرض و التّقدیر فالقسمه موجبه لتعیّن ذلک الامر اللّامتعیّن من حیث هذه التعیّنات و حیث انّ المملوک لکلّ منهما نفس ذلک الکسر المشاع و انّ نسبه ملک الکلّ إلیهما بلحاظ ملک الکسر المنقسم إلیه و الی معادله الکلّ فلذا لا یتحقّق مبادله بین المملوک لهذا و المملوک لذاک بتوهّم انّه یخرج عن ملک هذا مقدار و یدخل فی ملک الاخر و بالعکس بسبب الافراز و القسمه بل المملوک هو الکسر و القسمه معیّنه للکسر خارجا من دون خروج و لا دخول اصلا انتهی و حاصله انّ النّصف المشاع امر متشخّص جزئیّ خارجیّ موجود فی الکلّ و لکن وجوده عباره عن الوجود بالقوّه ای قوّه الوجود کوجود الهیولی مع الصّوره و وجود المبهم فی المتعیّن و تعیّنه و فعلیّته انّما هو بالقسمه و لذا لیس فی القسمه شی ء من المبادله و فیه انّ هذا انکار فی الحقیقه للمالکیّه فعلا و انّ الملکیّه علی الاشاعه ملکیّه بالقوّه الخامس انّها عباره عن مالکیّه کلّ من الشّریکین لجزء من ایّ جزء فرض من المجموع فی الخارج الی ان ینتهی الی جزء لا یقبل التّقسیم فکلّ منهما یملک من کلّ جزء جزء و ما من جزء قابل للتّجزیه الّا و هو بینهما و حقّ کلّ منهما شایع فی تمام العین لا فی افراد الانصاف المفروضه فی العین و بینهما فرق واضح فانّ العین اذا قسّمت مثلا نصفین کان نصف اجزاء کلّ منهما ملکا لهذا و النّصف الاخر ملکا لهذا علی الاوّل

و كـان كـلّ منهمـا لكـلّ على البـدل على الثّانى و قـد قـابلوا فى مسئله البيع من الصّبره بين بيع نصف مشاع منها و بيع صاع من صيعانهـا و رتّبوا على ذلـك احكاما مختلفه و توضـيح هـذا الوجه المشـهور بين الاصـحاب و المنطبق على متفاهم العرف هو انّ النّصف المشـاع من العين سواء فرضت مملوكه لمالـك واحـد او مـالكين عباره عن مجموع الاجزاء الصّـغار الملحوظه فى العين الموجوده فيها القابله للاشاره الحسـّيه المستاهله لتعلّق حقّ الاختصاص بها عرفا سواء قيل بانّ الجسم مركّب من الجواهر الفرده او من الاجزاء الصّـغار الصّـلبه او انّه مركّب من الهيولى و الصّوره الى ان ينتهى الامر الى جزء لا يقبل التّجزيه و التّقسـيم فلو فرضت لمـالكين كـان كـلّ جزء مفروض فى العين قابـل للتّجزيه الى جزءين قابلين للاختصاص ملكا لكليهما و كان كلّ جزء من جزئيه على البـدل مملوكـا لكـلّ منهمـا كـذلك و لاـ يخلو قطعه كبيره او صـغيره منهـا الّا و هى لهما بالمناصـفه الى ان ينتهى الامر الى جزءين غير قابلين للملكيّه فانّ الاجزاء الصّـغار الصّلبه غير قابله للقسمه و الجواهر الفرده غير قابله لتعلّق حقّ الاختصاص بها فضلا عن الملكيّه و الماليّه بل اقلّ جزء يقبل الاتّصاف بالاختصاص اكبر من الجوهر الفرد و الجزء الصّغير الصّلب قطعا هذا اذا لاحظت العين متجزّيه و اذا لاحظتها غير متجزّيه كانت نصف العين الخارجيّه على البـدل ملكا لاحـدهما على البـدل و كان معنى الشّـركه فيهـا كون كـلّ منهما مالكا لنصـفها الملحوظ من انصاف اجزائه حين التّفريق و كانت الانصاف بلحاظ التّفريق و التّجزيه كثيره و بلحاظ الاجتماع واحده

لا يقال انّ مالكيّه شخصـين لشـى ء واحـد بالمعنى المذكور و على نحو البدليّه ممتنع لانّ العرض لا يقوم بالمحلّ المردّد و يفتقر فى تقوّمه و تحصّـله الى محلّ موجود معيّن لما تقرّر فى محلّه انّ الشّى ء ما لم يتشخّص لم يوجد و انّ تشخّص الشّى ء عباره عن نحو وجوده

فانّه يقال الملكيّه قـد تطلق و يراد بها ربط خاصّ و اضافه خاصّه بين شـيئين و هـذا الرّبط و الاختصاص قد يكون بين المضاف و المضاف إليه من جهه الاضافه الاشـراقيّه ككون العالم ملكا للبارى جلّ ذكره فانّه من جهه الاشراق و الايجاد يسند إليه الملك و يقرب من ذلك ملكيّه الارض للائمّه (ع) و ملكيّه الانهار للصديقه الطّاهره (ع) فانّ هذا الاختصاص و الرّبط لهم من جهه كونهم وسائـط النّعم و الوجود بحيث لولاـهم لمـا خلق الافلاك و ما فيها و يجتمع هـذا الرّبط مع الرّبط الخاصّ الّـذى يكون بين زيـد و ماله و قد يكون من جهه الاضافه المقوليّه كالتعمّم و التقمّص و التنعّل فانّ الإنسان اذا تعمّم يحصل منه حاله يعبّر عنها بالملك و الجده

و قد تطلق و يراد بها الملكيّه الاعتباريّه الّتى يعتبرها العرف او الشّرع بين زيد و الارض الخارجيّه و قد يجتمع الملكان باعتبارين لامكان ان يكون ملك الجده حاصلا لشخص دون الاخر كان يتعمّم بكر بعمامه زيد و الملكيّه العرفيّه الّتى تتعلّق بها احكام كثيره فى الشّريعه ليست من مقوله الاعراض التّسعه و انّما هى امر اعتبارىّ اعتبرها العرف كالذمّه و نحوها و امضاها الشّارع و لذا تريهم يملكون المعدوم كما فى بيع النّسيه و السّلم و بيع الكلّى و يملكون المنافع الّتى هى كالملكيّه ليست الّا امرا اعتباريّا مقدّرا فى العين و يزيدك وضوحا ملاحظه اسبابها من البيع و الصّلح و الهبه المعوّضه و غيرها فهل ترى من نفسك انكار اختلاف هذه العقود و مؤدّياتها و آثارها مع انّها لا اختلاف فيها الّا من جهه مفاهيم اعتباريّه و ملاحظات عرفيّه فلا ريب انّ الملكيّه المبحوث عنها هى من الامور الاعتباريّه و كما تتعلّق بالمعدوم و تحصل للمحجور عليه تحصل بالنّسبه الى الفرد المردّد بين الفردين و الجزء المردّد واقعا بين جزءين و لذا تريهم اطبقوا ظاهرا على نفوذ وصيّه من قال اوصيت لفلان بعبد من عبيدى فقبل الموصى له و أجاز غير واحد منهم بيع صاع من صبره و افتى جماعه بصحّه الاجاره المردّده كقوله ان خطته روميّا فلك درهمان و ان خطته فارسيّا فلك درهم الى غير ذلك و بذلك ينحلّ المناقشات الواقعه عن جماعه فى تصويرها فى بيع النّسيه و السّلم و ملكيّه المفتوحه عنوه و ملكيّه الزّكاه للفقراء على تقدير القول بالملكيّه فيهما و فى بيع الصّاع من صبره و غير ذلك من حيث توهّم افتقار العرض الى محلّ موجود متشخّص هذا مضافا الى انّ هذا الاشكال لو كان واردا فلا يختصّ بالوجه المذكور و يجرى أيضا على مقاله الجواهر بل وروده عليه اوضح فانّ على قوله يكون معروض الملكيّه مفهوم كلّى النّصف على البدل لا احاد الاجزاء الّتى نقول بها و هى امور موجوده متحقّقه فى الجسم و هى بنفسها معروضه لها على البدل ثمّ انّه اذا انتهى الامر الى مرتبه لا تقبل التّجزيه الى جزءين بمعنى جواز تعلّق الملكيّه بكلّ منهما و انّما تقبل اختصاصا واحدا فمعنى الشّركه ح انّه يختصّ بهما معا بمعنى انّهما يعدّان بمنزله مالك واحد و يكونان مالكين للمجموع و يكون هناك اختصاص واحد قائم بهما و كانت الشّركه بحسب الاختصاص لا المختصّ و ان ابيت عن ذلك و صعب عليك تصوير هذا النّحو من الاختصاص فاعتبر انّ لكلّ منهما نصف اختصاص و ليس لك اعتبار اختصاص نصف الجزء و ان قلنا بوجود الجزء الّذى لا يتجزّى لما علمت من عدم

القابليّه و اوضح الشّواهد على ما اخترناه ملاحظه فهم العرف الّذى هو المرجع فى امثال ذلک و ملاحظه ظواهر الادلّه و کلمات الاصحاب الّتى لا- بدّ من حملها على ما فى العرف و ملاحظه ما ذکروه فى بيع الحصّه المشاعه فى صبره او غيرها الّذى اطبقوا على صحّته و ما ذکروه فى بيع الصّاع من الصّيعان الّذى اتّفقوا ظاهرا على فساده و بيع صاع من الصّبره الّذى اختلفوا فى صحّته و فساده و ما ذکروه فى مسئله بيع ما للنصف الدّار نصفها من غير اضافه الى نفسه حيث اختلفوا فيها فى تنزيله على نصفه بدعوى انصراف عرفىّ او شرعىّ او تنزيله على النّصف مشاعا بينه و بين شريکه بتنظيره على اقراره بالنّصف لثالث و ملاحظه کلماتهم فى حدّ الشّرکه من انّها اجتماع حقوق الملّاک فى ملک واحد على سبيل الشّياع و ما ذکروه فى تفسير هذا الحدّ و ملاحظه کثير من فروع الشّرکه و القسمه و الفرق بين هذا المعنى و ما تقدّم من الجواهر ظاهر من وجوه الاوّل انّ عليه يکون کلّ جزء من العين مشتملا حقيقه و فعلا- على الحقّين و على ما تقدّم يکون مشتملا عليهما على البدل الثّانى انّ الاشاعه عليه تکون فى الاجزاء الموجوده الفعليّه و على ما تقدّم فى الا-جزاء المفروضه الثّالث انّ المنصور اخصّ ممّا اختاره بحسب المورد فانّ نصف الاجزاء الفعليّه الخارجيّه من جمله افراد الانصاف المفروضه الرّابع انّ عليه تکون القسمه افرازا ادّعائيّا و على ما تقدّم حقيقيّا و ستعرف توضيحه و توهّم انّ هذا الوجه ينافى ما ذکروه فى تعريف القسمه من انّها افراز لا بيع و معاوضه و کذا ينافى تجويزهم للقسمه اذا کان نصف العين وقفا و نصفه طلقا بدعوى استلزام الوجه انقلاب الوقف طلقا و الطّلق وقفا و ينافى أيضا ما ذهب إليه المشهور فى باب المهر فى مسئله الطّلاق قبل المسّ انّه ان کان عينا فتلف نصفها المشاع قبل الطّلاق انّ التّلف ان کان قبل القبض يکون الباقى بتمامه للزّوجه و ان کان بعده استعاد النّصف الباقى لا نصف الباقى و يحسب التّالف عليهما مندفع بانّ الوجه فيما ذکروه من انّ القسمه افراز هو انّ مجرّد انتقال مال من شخص الى آخر ليس معاوضه و مبادله فانّ المعاوضه يشترط فى تحقّقها قصد إنشاء النّقل و الانتقال من الجانبين بنقل احد العوضين بإزاء العوض الاخر و فى مقابله و فى القسمه لم يقصد احد منهما ذلک اصلا و انّما يقصدان تعيين حقّهما و تميّز مالهما من المال فى المجموع بادّعاء انّ الحصّه المفروزه لکلّ منهما عين حقّه و توضيح ذلک انّ القسمه کالصّلح و البيع و الهبه و نحوها من المعانى الّتى اعتبرها اهل العرف و امضاها الشّارع بزياده شروط و کما انّ البيع عباره عن مبادله مال بعوض و الصّلح عباره عن التّسالم و

التّراضى على امر من مبادله او تجاوز عن حقّ او مال و الهبه عباره عن تمليك المال بلا عوض و الهبه المعوّضه هبه مشروطه بهبه اخرى لا ـ معاوضه مال بمال فكذلك القسمه عندهم ليس الّا تميّز الحقّ و تعيينه بمعنى انّهم ينزّلون الحصّه اللّاحقه المفروزه بمنزله الاجزاء السّابقه المشاعه و يجعلونها عباره عنها ادّعاء لا إنّها غيرها و قد اخذت بدلا عنها او مركّبه منها و من غيرها و هذا المعنى ظاهر لمن له ادنى خبره بطريقه العرف و هذا امر غير معنى المعاوضه و انتقال شى ء الى آخر اعمّ من معنى المعاوضه نعم لازم القسمه عقلا حدوث نقلين مستقلّين بالنّسبه الى كلّ من نصيب الشّريكين فهى ليست إنشاء نقل أيضا و انّما النّقل من لوازم الافراز بل ليس فى المعاوضات ما يكون له نوع مشابهه للقسمه سوى الهبه المعوّضه فى الجمله و قد اضطرّ بعضهم الى الالتزام بكون القسمه معاوضه فى بعض المقامات كالشّهيد الثّانى فى باب المفلّس فى مسئله اختلاط مال البائع من المفلّس بماله و آخر فى باب الغصب فى مسئله اختلاط مال الغاصب بمال المغصوب منه و صاحب الرّياض فى باب القسمه فى مسئله القسمه الاجباريّه الى غير ذلك ممّا يجده المتتبّع و لا داعى الى ذلك اصلا فانّ القسمه ليس لها شباهه بسائر المعاوضات فضلا عن ان تكون منها و انّما هى تمييز جعلىّ عرفىّ أمضاه الشّارع و لذا اطبقوا ظاهرا على عدم جريان الرّبا فيها مع ما هم عليه من عموم حرمه الرّبا للمعاوضات و لكلّ ما يكون عوضا و لو لم يكن منها كالغرامات و لكلّ ما يئول إليها كالارش و ممّا ذكرنا تعلم الوجه فى صحّه تقسيم الوقف عن الطّلق فانّ الممنوع ليس الّا تبديل الوقف و وقوع المعاوضه عليه و امّا تعيينه بالوجه الّذى عرفته فلا دليل على عدم جوازه و امّا ما ذكر من استحقاق احد الزّوجين النّصف الباقى ففيه بعد الغضّ عن انّ الحكم المذكور ليس اتّفاقيا و لا مشهور او انّما ذكره الفاضلان و الشّهيدان و بعض اخر و قد نقل عن جماعه استحقاق نصف الباقى و نصف الموهوب أوّلا ـ انّ الاشكال مشترك الورود اذ على ما اختاره صاحب الجواهر ره يحتاج أيضا الحكم بتعيّن الباقى الى دليل معيّن و ثانيا انّ الوجه لعلّه هو الاخذ بإطلاق النّصف المذكور فى الآيه الشّريفه قال تعالى وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ و انّهم فهموا من الآيه انّ المراد من النّصف فيها ليس ما ذكر فى معنى النصف المشاع بل المراد المفهوم الكلّى الصّادق على كلّ نصف فرض من العين على سبيل البدليّه كما عليه صاحب الجواهر فى معنى النّصف المشاع و ثالثا انّ عدم معلوميّه وجه الحكم فى مسئله لا يوجب نفى ما ذكرنا فى معنى الاشاعه و الجزء المشاع مع ما

عرفت من قيام الشّواهد العرفيّه و الامارات الشرعيّه عليه و بناؤهم فى غير هذه المسأله من جميع مسائل التّلف على انّ البعض التّالف من المال المشترک يحسب على الشّريكين بالحصّه و لو كان حكمهم فى مسئله الصّاع من اجل اقتضاء الاشاعه ذلک لكان اللّازم ان يحكموا أيضا فى غيرها بانّ البعض التّالف يحسب على احدهما و يتعيّن بالقرعه بقى شى ء و هو انّه قد سبق فى العباره المنقوله عن الجواهر انّ ممّا دعاه الى مختاره فى معنى الاشاعه هو الاشكال فى تحقّق الشّركه فى الجزء الّذى لا يتجزّى من المال المشترک و فى الخاتمه لا بأس بتوضيح هذه الجمله لتكون محيطا باطراف المسأله فنقول انّ حكماء السّلف ذكروا انّ الجسم البسيط و هو الّذى لا يكون مركّبا من اجسام مختلفه الطّبائع امّا لا يكون له مفاصل من اجزاء او اجسام بل يكون متّصلا فى الواقع أيضا كما هو عند الحسّ و تركيبه انّما هو من جوهرين مادّه تسمّى عندهم بالهيولى الاولى و صوره جسميّه و يكون المجموع المركّب و هو الجسم المطلق مع قطع النّظر عن خصوصيّات الصّور النوعيّه قابلا للانقسامات الغير المتناهيه الخارجيّه بحيث لا وقوف للقسمه عند حدّ اى لا ينتهى انقسامه الى حدّ الّا و يتجاوز عنه فاذا لم يمكن القسمه الفكّيه فالوهميّه و الفرضيّه و هذا مذهب المشّائين او يكون متّصلا و قابلا للانقسامات المتناهيه و هذا مذهب بعض او يكون له مفاصل فيكون مركّبا من منفصلات بالفعل واقعا و متّصلا عند الحسّ فقط فتلک المبادى الّتى تالّف منها الجسم امّا اجسام او اجزاء غير اجسام يتألّف منها الجسم و على الثّانى فامّا متناهيه او غير متناهيه و الاوّل و هو كون المبادى اجساما صغارا صلبه غير قابله للقسمه الفكّيه الخارجيّه اصلا اى لا كسرا و لا قطعا و لا خرقا لغايه صغرها و صلابتها و انّما هى قابله للقسمه الوهميّه فقط مذهب ذى مقراطيس و الثّانى و هو كونها اجزاء متناهيه غير اجسام و غير قابله للقسمه مط لا فكّيا و لا وهميّا و لا فرضيّا و ان كانت قابله للقسمه العقليّه التّحليليّه مذهب جمهور المتكلّمين و الثّالث و هو كون تلک الاجزاء غير متناهيه مذهب بعض القدماء و بعض المعتزله هذا فى الجسم المفرد و امّا المركّب الّذى يقابله فلا اشكال عندهم فى انّه بجميع اقسامه له مفاصل و ليس متّصلا واحدا لانّ المزاج انّما يحصل بتصغّر اجزاء بسيط من بسائط الممتزج و تماسّها للاجزاء المتصغّره من بسائطه الأخر و كذا فى الامتزاج بدون المزج و عند ذلک لا يبقى الاتّصال فهو مركّب من منفصلات بالفعل واقعا و متّصل عند الحس و الحكماء يقولون بقبول تلک المنفصلات الواقعيّه القسمه اللّامتناهيه و نفاه الجزء ينكرون القسمه

و قد اوضحت الاكتشافات الجديده بطلان الجزء الّذى لا يتجزّى و يغنينا هذا الانكشاف الثّمين عن البراهين العقليّه و قد ذكرناها فى بعض رسائلنا و على تقدير صحّته فقد عرفت انّ المعنى المذكور للاشاعه انّما هو فيما يقبل التملّك و الاختصاص و الجزء الّذى لا يتجزّى غير قابل لذلك فتدبّر

قوله فيريد بالصّاع مثلا من صبره تكون عشره اصوع)

من دون فرق بين ان تكون الجمله متساويه الاجزاء من حيث الصّفه المستلزمه لتساوى القيمه كالصّاع من الصّبره او مختلفه كذلك كالعبد من العبدين فانّ وجه الصحّه و هو معلوميّه الكسر المشاع جار فى كلا القسمين و لم يعلم وجه الفرق الّا دعوى ظهور لفظ المبيع فى الثّانى فى احد الوجهين الآيتين و منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشّاه و فيه انّ الكلام فى المقام انّما هو فى مرحله الثّبوت و امّا فى مقام الاثبات و انّ الظّاهر من لفظ العبد و الشّاه هو الكلّى او الفرد المردّد فهو امر آخر و لا اشكال فى الصحّه فى هذا المقام مع إراده خلاف الظّاهر و نصب القرينه نعم مع عدم النّصب يكون البيع باطلا لعدم معلوميّه قصدى الموجب و القابل او اختلاف القصدين كما لو قصد الموجب الشّياع و القابل غيره بمقتضى ظاهر اللّفظ او دعوى انّ الوحده لازمه فى كلّ مبيع مركّب ذى اجزاء و هذه الوحده حاصله فى مثال الصّبره على وجه الحقيقه فلا ضير فى قصد الاشاعه فيها و امّا فى مثل العبد فمن حيث انتفاؤها فى العبدين حقيقه و اعتبارا من الشّرع او العرف فلا بدّ فى الحمل على الاشاعه من اعتبار المتعاقدين لحاظ الوحده فيهما و تنزيل الشّيئين المختلفين منزله شى ء واحده و الانشاء الواحد البسيط المتكفّل لافاده بيع الكسر المشاع لا يمكن ان يتكفّل أيضا هذا التّنزيل و فيه انّ اللّحاظ و التّنزيل المذكور ممّا لا بدّ منه و لكنّه من حيث اعتبار المتعاقدين ذلك انّما يكون قبل الانشاء و لا يستلزم ان يتكفّله الانشاء و هذا واضح

[مسأله فيما إذا باع صاعا من صبره]

قوله (و أمّا اذا قبض فان قبض منفردا)

انّ صور الاقباض أربعه الاولى ان يقبض البائع للمشترى المبيع منفردا عمّا عداه بان يعيّن حقّه فى جزء مفروز و يقبضه و لا اشكال فى تلفه من المشترى الثّانيه ان يعيّن البائع مع رضا المشترى الكلّى المبيع فى الكسر المشاع ثمّ يقبضه المجموع و لا اشكال فى حساب التّالف عليهما و انّما قيّدنا ذلك برضا المشترى مع البناء على انّ التّعيين بيد البائع فانّ المشترى لم يملك الّا الطّبيعه المعرّاه عن التشخّص الخاصّ و يكون تعيين البائع بنحو الاشاعه من افراد الطّبيعه الكليّه لانّ دعوى ظهور الصّاع المبيع فى اقباضه مفروزا ليس ببعيد الثّالثه ان يقبضه البائع مجموع الصّبره ليكون بعضه وفاء و الباقى امانه من دون تعيين لحقّ المشترى بالافراز او

الاشـاعه و یکون ملـک کـلّ واحـد من البـائع و المشتری باقیـا علی کلیّته و حکمه ان یحسب التّالف علیهما و ذلک من جهه انّه یجتمع ح فی یـد المشتری کلّی ملکه و کلیّات ملک البائع و قـد حصل مال المشتری فی یـده لعـدم توقّف اقباضه و حصوله فی یـده علی التّعیین حتّی یخرج التّالف عن قـابلیّه تملّـک المشتری له فعلاـ و ینحصـر حقّه فی البـاقی فیکون حـال المجموع حـال المشاع و نسـبه کلّ جزء من الباقی و التّالف الی کلّ منهما علی حـدّ سواء و تخصـیص کلّ منهما بکلّ منهما ترجیح بلا مرجّح و ان کـان المبیع بعـد الاقبـاض باق علی کلیّته و سوف تعرف انّ من اسـباب الشّـرکه التّرجیـح بلا مرجّـح فالباقی مشترک بینهما و التّالف محسوب علیهمـا الرّابعه ان یقبضه المجموع بعنوان الامـانه حتّی یعیّن البائع حقّه الکلّی بعـد ذلک و هـذا حکمه حکم ما قبل القبض و یکون حساب التّالف علی البائع و هذا اذا تلف بعض الجمله و بقی مصداق الطّبیعه و أمّا اذا اقبضه المجموع بعنوان الأمـانه و تلف تمـام المـال او لم یبق الّا اقلّ من مقـدار المبیع فلیس للمشتری الرّجوع بحقّه الی البائع فما یجی ء فی المتن من انّ الاقباض علی وجه الامانه حکمه حکم ما قبل القبض انّما هو فیما بقی مصداق الطّبیعه

قوله و انّما الاشکال فی انّهم ذکروا)

یمکن ان یقـال انّ اخراج المسـتثنی انّمـا یکون بعـد الاسـناد و الاصـل فی الاسـتثناء ان یکون المسـتثنی متّصـلا و کمـا یعتـبر فی المتّصل ان یکون المسـتثنی موافقا للمسـتثنی منه فی الجنس فکذلک یعتبر موافقته فی الجهات الاخر و منها المساوات فی الکلیّه و الجزئیّه فاذا قال بعتک الثّمره الموجوده الّا ارطالا فقد اخرج الارطال ممّا اسند إلیه البیع و ذلک مجموع الثّمره من دون ریب و لا تامّل فیکون المسـتثنی علی نحو الاشاعه و مثله اذا قال بعتک الصّبره الّا صاعا منها و ذلک لانّ المبیع ح تمام الصّبره فلا بدّ ان یکون الصّـاع خارجـا عن تمامهـا و ذلک هو الاشاعه و لو اخرج من بعضـها کان الاسـتثناء منقطعا و هـذا بخلاف بعت صاعا من صبره فـانّه اذا قـال ذلـک فقـد اسـند البیع علی المشـهور الی صاع کلّی ینطبق علی افراد صـیعان الصّبره و السّـر فی تقـدیم ظهور الاستثناء فی الاتّصال علی ظهور الارطال المستثناه من الثّمره و ظهور الصّاع المستثنی من الصّبره فی الکلّی هو انّ ظهور المستثنی بنفسـه ای الارطـال و الصّـاع فی الکلّی انّمـا یکـون بحسب الاطلاـق و لاـ ینـافی إراده الجزئیّ و الخـاصّ بـدلاله اخری و ظهـور المستثنی منه فی الخصوصیّه و الجزئیّه بسبب اسناد البیع إلیه انّما یکون بالوضع و مع هذا الظّهور لا مجال للظّهور الاطلاقی مضافا الی انّ رفع الیـد عن ظهور المسـتثنی و حمله علی إراده الجزئیّه ح یکون من باب تعدّد الدالّ و المدلول علی انّ ظهور المسـتثنی منه

انّما ينعقـد قبل المسـتثنى فيكون حاكما عليه بلا ريب و امّا قوله بعت صاعا من صبره فحيث لا يكون مانع من انعقاد ظهور الصّاع فى الكليّه يحمـل على الكلّى و بالجمله اذا اسـند البيع الى مجموع العين الموجود فى الخارج قبل الاسـتثناء دلّ بظاهره على كون جميعهـا هو المبيع و بعـد اسـتثناء مقـدار معيّن منهـا يكون المبيع الشّـى ء الموجود بـافراز مقـدار المسـتثنى منه فالاشـاعه و ثبوت الشّـركه فى الثّمره بالنّسـبه المذكوره بحسب الفهم العرفى من اللّفظ انّما هو مقتضـى بيع الشّى ء المعيّن الخارجى و استثناء شى ء منه و ليس مقتضـى نفس الاسـتثناء فقط فلو باع مقـدارا من العين الخارجيّه كليّا و قال بعتک کرّا من هذه الحنطه الّا صاعا منها و تلف بعضـها يسـتحقّ المشترى تمام المبيع و لا يحكم بالاشاعه و الحاصل ثبوت الفرق الواضح بين بعتک الصّبره الّا صاعا منها و بعت صاعا من صبره فانّ الاخراج عن مجموع الصّبره بوصف كونها مبيعا يسـتلزم الاشاعه و الّا فلا بـدّ ان يخرج من بعضـها و هو يوجب كون الاسـتثناء منقطعـا بخلاف الاخير حيث لا يكون فيه اخراج بعـد الاسـناد حتّى يوجب الاشاعه بل اسـند البيع أوّلا الى الصّاع و هو كلّى صرف موجود فى الصّبره الخارجيّه و بما ذكرنا يندفع توهّم كون كلّ من المستثنى و المستثنى منه كليّا بتقريب انّ بيع الصّاع او الصّاعين من الصّبره كما يكون كلّيا فكذلک فى بيع مجموع الصّبره الّا صاعا منها او صاعين يكون المسـتثنى منه و هو المبيع كليّا و ذلک لانّ الجزء المبيع من الصّبره يعبّر عنه غالبا ان كان انقص من نصـفها بالصّاع او الصّاعين و مع كونه زائدا عليه يعبّر عنه بعنوان الاسـتثناء فاذا كان المقصود مثلا بيع تسـعه اصواع من الصّبره المشـتمله على عشـره اصواع يقول بعتک هذه الصّبره الّا صاعـا و لا فرق فى الحقيقه بين ان يقول ذلک و ان يقول بعتک تسـعه اصواع من هـذه الصّبره فكما انّ فى هـذا و فى بعت صاعا من صبره يبيع كليّا فكـذلک فى صوره التّعبير بالاسـتثناء يبيع كليّا و يبقى لنفسه كليّا و هو كما ترى اذ ليس المنشأ فى مثال الاسـتثناء من العين الخارجيّه المدلول عليه بالاسناد على وجه الحقيقه الّا جزئيّا و المستثنى المتّصل به أيضا الّا كذلک ثمّ انّ ثبوت الاشاعه سواء كان من الوجه الّـذى بيّناه او من الوجهين الآيتين من الجواهر و مفتاح الكرامه يـدفع اصل اشـكال الفرق بين المشترى فى بيع الصّـاع من الصّبره و البـائع فى بيع الثّمره الّا ارطالا مع كون البائع هنا كالمشترى هناک الّا انّه يبقى الاشـكال بانّ لازم الاشاعه امران افادهما فى المتن و لا يلتزم بهما الاصـحاب الاوّل عدم جواز تصـرّف المشترى فى الثّمره الّا باذن البائع الثّانى انّه لو فرّط المشترى كلّا او بعضا ضمن القيمه للبائع

مع انّهم قد حكموا باداء المستثنى من الباقى و ستعرف الجواب عنهما فيما نذكره فى وجه الامر بالتأمّل

قوله (و اضعف من هذين الفرق بين مسئله الاستثناء)

و الفارق صاحب الجواهر و فى مراده من العباره المذكوره وجوه الاوّل ثبوت الفرق من حيث اعتبار امرين الاوّل اعتبار القبض فى لزوم البيع بمعنى اعتباره فى استقرار البيع بحيث لا يطرئه فسخ و لا انفساخ فانّ مقتضى قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه انّ مع التّلف ينفسخ البيع بالنّسبه الى التّالف و يحسب من مال البائع و ليس مراده مدخليّه القبض فى لزوم البيع حتّى يجاب بانّه لا دخل له اصلا و الثّانى اعتبار ايجاب القبض على البائع فى بيع الصّاع بحيث يكون مجموع الاعتبارين فيه هو الفارق و توضيحه انّ لبيع الصّاع من الصّبره جهتين جهه الجزئيّه و هى خصوصيّه كونه من هذه الصّبره و جهه الكليّه و هى قابليّه الانطباق على كلّ من المصاديق الموجوده فيها فمن الجهه الاولى يكون بيعه من مجارى قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه الخ و من الجهه الثّانيه يجب تسليم البائع الصّاع من الباقى الموجود لانّه مصداق للمبيع الكلّى و بالجمله بعد الحكم باحتساب التّالف على البائع يجب دفع الباقى لانطباق المبيع عليه و هذا بخلاف مسئله الزّكاه اذ لم يرد فى الشّرع انّ كلّ زكاه تلف قبل قبضه فهو من مال مالكه بل التّالف منها يحسب على المالك و الفقراء بنسبه حصّتهما و مثله فى مسئله الاستثناء فبالجهتين المذكورتين تثبت الكليّه فى الصّاع من الصّبره و يرد عليه ما افاده المصنّف من انّ ايجاب القبض يتحقّق فى مسئلتى الزّكاه و الاستثناء مضافا الى لزوم المصادره الثّانى ثبوت الفرق من جهه واحده و هى اعتبار القبض فى لزوم البيع بمعنى استقراره و ثبوته لا بالمعنى المقابل للجواز و يكون الايجاب معطوفا على اللّزوم و ضميره راجع الى البيع و يكون بمعنى الاستقرار أيضا و يكون الغرض من المجموع انّ الفارق هو اعتبار القبض فى ثبوت البيع بحيث لا ينفسخ و يكون استقرار الملكيه للمشترى مشروطا بقبض المبيع و ما لم يستقرّ له لا يحسب التّالف عليه و يجب دفع المبيع إليه من الباقى اذ هو شبه الكلّى فى الذمّه و هذا بخلاف مسئله الزّكاه و الاستثناء حيث لا يكون القبض فيهما شرطا فى استقرار الملكيه فالتّالف محسوب بالنّسبه و يرد عليه انّ الحكم بعدم الانفساخ فى التّالف فى بيع الصّبره و الحكم بالبقاء يتوقّف على نفى الاشاعه و نفى الاشاعه بوجوب الدّفع من الباقى لا يخلو عن مصادره الثّالث ثبوت الفرق من جهه اعتبار القبض فى لزوم البيع بالمعنى المقابل للجواز و من

جهه ايجاب القبض على البائع و يكون ايجابه معطوفا على الاعتبار او القبض و ضميره راجعا الى القبض و الظّاهر انّ جواب المتن مبنيّ على هذا الوجه و هو انّ الجهه الاولى لا دخل لها اصلا فى الفرق و امّا الجهه الثّانيه فإيجاب القبض متحقّق فى المسألتين أيضا مضافا الى المصادره

قوله بانّه لو كان تلف البعض بتفريط المشترى)

يريد انّ هذا الفتوى ينبئ عن انّ التّلف بغير تفريط سبب للاشتراك و انّه لم يكن قبل التّلف و انّما يحدث به اذا لم يكن عن تفريط و امّا التّلف بتفريط فهو فى حكم عدم التّلف و يكون حقّ البائع باقيا على كليّته يجب ادائه عن الباقى فانّهم حكموا فى صوره كون التّلف عن تفريط بكون حصّه البائع فى الباقى و لو كان الاشتراك ثابتا عندهم قبل التّلف لحكموا فى صوره التّفريط بدفع ما بقى من حصّه البائع بالنّسبه و ضمان مقدار التّالف من حصّته بمثله او قيمته لا اداء المستثنى من الباقى

قوله (و بيع مقدار كقفيز يشتمل عليه)

و يلحق به بيع مقدار معلوم بطريق الكسريّه المضافه الى مقدار معيّن من الصّبره كربع قفيز منها و فى الصّبره المجهوله المقدار لو قلنا فى القسم الثّالث منها بلزوم معلوميّه اشتمال الصّبره على المبيع فهل يعتبر فيما لو باع ربع قفيز منها اشتمالها على مقدار المضاف إليه الكسر و هو القفيز مثلا او على مقدار المضاف الّذى هو المبيع قد يقال بالتّفصيل و اعتبار الاوّل ان كان الجارّ متعلّقا بالوصف المقدّر للمضاف إليه لانّ المعنى ح بعت مقدار الثّلث من قفيز منتزع ذلك القفيز من القفزه هذه الصّبره و الثّانى ان كان متعلّقا بالوصف المقدّر للمضاف لانّ المعنى ح بعت مقدار الثّلث من قفيز منتزع ذلك الثّلث من هذه الصّبره و الاقوى عدم الحاجه الى اشتمال الصّبره على ازيد من المبيع على اىّ نحو اراد من الجارّ

قوله (لا بيع كلّ قفيز منها بكذا)

هذا هو القسم الخامس و لا اشكال فى فساده لاجمال المبيع و عدم العلم بمقداره و ذلك لانّه يمكن ان يكون المراد من المبيع ما هو المراد فى القسم الرّابع و هو كونه نفس الصّبره بالاضمار و جعل العنوان كلّ قفيز لايضاح مقدار الثّمن لكلّ واحد من الاقفزه و يمكن ان يكون المراد منه كلّ قفيز منها بنحو الاستغراق كما لو قال بعت كلّ اقفزتها بكذا و المبيع على هذين الوجهين يكون معلوما و لكن لمّا كانت القرينه مفقوده فإراده احدهما غير معلومه و يمكن ان يكون المراد كلّ قفيز من غير تعيين لعدده و هذا اظهر الاحتمالات من هذه الجمله و يمكن على ابعد الاحتمالات ان يكون المراد من كلّ قفيز بيان الثّمن من غير تعرّض لكون المبيع عنوان الصّبره او عنوان

القفیز فیکون کما لو قال بعت علی ان یکون الثّمن لکلّ قفیز کذا و المبیع علی هذین الوجهین یکون مجهولا و عن العلّامه فی بعض کتبه و جماعه اخری صحّه الاجاره لو قال اجرتک الدّار کلّ شهر بکذا فی الشّهر الاول فانّ الشّهر معلوم متیقّن و کذا اجرته فلا مانع من الصحّه فیه و انّما الجهاله فی الزّیاده و لازم هذا القول صحّه البیع فی القسم الخامس بالنّسبه الی قفیز واحد و لکنّ الانصاف البطلان فی المقامین امّا فی المقام فلما عرفت من اجمال المبیع و ابهامه و تردّده و امّا فی الاجاره المذکوره فلمجهولیّه الاجره و المدّه فی حال العقد و من الواضح انّ معرفتهما شرط فی تحقّق عقد الاجاره و یلزم علی المستاجر اجره مثل ما سکن دون المسمّی لبطلان العقد رأسا و تکون المسأله اشبه شی ء بالمقام علی الاحتمال الثّالث و لیس قوله کلّ شهر بکذا التعیین کون الشّهر الاوّل موردا للاجاره و مدّه لها حتّی یقال انّها معلومه و الاجره أیضا معلومه تبعا بل انّما ذکره لاجل تقسیط الثّمن فالبطلان لجهاله الاجاره النّاشئه عن جهاله المنفعه و مجرّد مقابله جزء معلوم من المدّه بجزء معلوم من الاجره لا یستلزم کون العوضین فی الاجاره معلومین لانّ العوض هو المجموع و هو مجهول و هذا بخلاف ما لو قال اجرتک سنه کلّ شهر بدرهم فانّه نظیر بعتک هذه الصّبره کلّ قفیز بکذا

قوله و أمّا اذا بنی علی توزیع الثّمن علی مجموع المبیع)

و لکنّ الظّاهر جعل الثّمن بإزاء الموجود و الجهل بوجود المبیع غرر عرفا فدعوی تحقّقه فی محلّها و الخیار لا یرفعه لما فی المتن من الدّور فاقرب الوجوه البطلان کما علیه المشهور

قوله (و له نظائر ذکر جمله منها فی التّذکره)

قال فی محکیّ التّذکره لو قال بعتک هذه الصّبره کلّ قفیز بدرهم فان علمنا قدر القفزان صحّ البیع و الّا بطل للجهاله و قال مالک و الشّافعی و احمد و ابو یوسف و محمّد یصحّ لانّه معلوم بالمشاهده و الثّمن معلوم لاشارته الی ما یعرف مثله بجهه لا تتعلّق بالمتعاقدین و هو ان تکال الصّبره و یقسّط الثّمن علی قدر قفزانها فیعلم مبلغه و نحن نمنع العلم و قد سبق و قال ابو حنیفه یصحّ البیع فی قفیز واحد و یبطل فیما سواه لجهاله الثّمن کما لو باع المتاع برقمه و لو قال بعتک هذه الارض او هذا الثّوب کلّ ذراع بدرهم او هذه الاغنام کلّ رأس بدرهم لم یصحّ عندنا و به قال ابو حنیفه أیضا و ان سوّغ البیع فی قفیز واحد من الصّبره و قال الشّافعی یصحّ سواء کانت معلومه او مجهوله انتهی و قد نقلنا العباره للاشاره الی انّ صاحب الکفایه لعلّه اراد من النّظائر

ما سمعته من بيع الارض او الثّوب كلّ ذراع بدرهم و بيع الاغنام كلّ رأس بدرهم

قوله (فى التّذكره و فيه نظر)

لجهاله المبيع و الثّمن حين العقد حيث لم يعلم انّه كم صاع و كم يكون ثمنه و من الواضح عدم كفايه المشاهده فى المكيل و الموزون فالاقوى هو المنع

[مسأله إذا شاهد عيناً فى زمان سابق على العقد عليها]

قوله (اذا شاهد عينا فى زمان سابق)

اعلم انّ الجزئىّ المشخّص الّذى يختلف ماليّته و قيمته او الرّغبات باختلاف اوصافه سواء كان من المكيل و الموزون و المعدود او غيرها قد يكون بيعه بالمشاهده حال البيع و قد يكون بالمشاهده السّابقه على زمان البيع و قد يكون بالوصف امّا الاوّل فواضح و امّا الثّالث فان اوجب وصف البائع اطمينانا و وثوقا باشتمال المبيع عليه و ارتفع به الجهاله و الغرر صحّ و امّا الثّانى فان اقتضت العاده تغيّره عن صفاته السّابقه لم يصحّ البيع الّا بذكر صفات تصحّح بيع الغائب و ان اقتضت العاده بقاؤه عليها فلا اشكال فى الصحّه و ان انكشف عدمه فى الواقع لانّ البيع وقع مبتنيا عليها و مثله لو احتمل التغيّر احتمالا مرجوحا و لو شكّ فى التغيّر و احتمل الامران او ظنّ احدهما فهل يجوز الاعتماد على اصاله عدم التغيّر و البناء عليها فى العقد فيكون نظير اخبار البائع بالكيل و الوزن أم لا فلا بدّ فى صحّه بيعه امّا من قوّه الظنّ بحدّ يلحقه بما اقتضى العاده عدم تغيّره و امّا من مشاهده ثانيه او ذكر صفاته وجهان بل قولان منشؤهما انّ المراد من العلم الّذى هو شرط فى المبيع هل هو العلم الوجدانى او العلم الشّرعى ذهب المصنّف طاب ثراه الى الثّانى و الاقوى هو الاوّل و ذلك لانّ ارتفاع الجهاله و الغرر المانع عن الصحّه انّما يكون عرفا بالعلم بوجود الصّفات فلا بدّ من احرازها و لا يكفى وجودها الواقعى حتّى يحرز بالاصل و حكمهم بجواز الاعتماد على اخبار البائع بالكيل و الوزن ليس من باب التعبّد بحيث يكون تخصيصا لادلّه نفى الغرر و تنزيلا لاخباره بمنزله الكيل و الوزن بل هو كما مرّ طريق عرفىّ بشرط افاده الظنّ الفعلى و حصول الوثوق و الاطمينان و لو سلّم انّه من باب التعبّد فهو لا يستلزم كون الشّرط العلم الشّرعى مط بل غايته الدّلاله على انّ الشّرط المذكور غير معتبر فى خصوص مورد الاخبار و يكون تخصيصا لنفى الغرر و يكون كحكم الشّارع بعدم اعتبار العلم بالعوضين فى الصّلح رأسا و بالجمله مقتضى ادلّه اشتراط العلم و مانعيّه الجهاله هو العلم الوجدانى او الظنّ الفعلى الموجب لحصول الوثوق و الاطمينان عرفا و لو قامت البيّنه على عدم التغيّر فالاقرب عدم الاعتبار بها أيضا و ذلك لقوّه عموم ادلّه المنع عن الغرر من حيث قلّه تخصيصها و اخصيه موردها و كيف

كان فاذا باع او اشترى برؤيه قديمه او بالوصف و لم يتغيّر المبيع عمّا شوهد او وصف اصلا او بما لا يوجب الخيار كتغيّر بعض الاوصاف الّتى لا يعتنى بها من جهه عدم تعلّق الغرض به او غير ذلك فلا خيار و ان انكشف التغيّر قبل وقوع البيع تخيّر المغبون و هو البائع ان تغيّر الى صفات زادت فى ماليّته و المشترى ان نقصت عن تلك الصّفات و ان تغيّر بالاكمل من الصّفات المرئيّه او الموصوفه او بما هو اجود منها فهل للمشترى الخيار وجهان من حصول التغيّر الموجب للخيار و دخوله تحت الاطلاقات و تفاوت الاغراض و لعلّ غرض المشترى و منفعته لا يكون فى الاجود و من انّ مقتضى ما ذكروه فى السّلم من انّ البائع لو دفع الى المشترى ما هو اجود ممّا وقع عليه العقد وجب عليه القبول عدم جواز الردّ فلا خيار ثمّ انّ الخيار مع التغيّر انّما هو فيما لم يكن الى حال يفسد العقد و يبطل به البيع ثمّ انّ بيع الكلّى فيما يصحّ فيه انّما هو بالوصف الرّافع للجهاله سواء كان حالّا او مؤجّلا و اذا اراد البائع تسليم مصداق فاقد للوصف تخيّر المشترى بين مطالبه الموصوف و الرّضا بالفاقد باسقاط الوصف و هذا غير الخيار بين فسخ العقد و امضائه الثّابت فى بيع الجزئى و منشأ الفرق بين الخيارين انّ فى بيع الجزئى ليس للمبيع فرد اخر فيدور الامر بين الفسخ و الامضاء و هذا بخلاف الكلّى

قوله تخيّر المغبون و هو البائع ان تغيّر الى صفات)

ليس المراد من المغبون ما هو المصطلح فى خيار الغبن فانّه ما كان ناشئا عن نقص القيمه السوقيّه او زيادتها بل المراد منه من تخلّف شرطه النّاشى غبنه من زياده حاصله فى الماليّه او نقصان فيها بالتغيّر

قوله (لانّ يده على الثّمن كما فى الدّروس)

الغرض من الاصول المذكوره فى المقام انّما هو تعيين المدّعى و المنكر فما كان منها موافقا لقول المشترى افاد انّه هو المنكر لانّ قوله ح يوافق الاصل فيقبل قوله بيمينه مع عدم البيّنه من احدهما و ما كان منها موافقا لقول البائع كاصاله عدم التغيّر و اصاله اللّزوم افاد انّه هو المنكر فالغرض من الوجوه الثّلاثه هو اثبات انّ المشترى يكون قوله موافقا للاصل و ليس هناك اصل يكون حاكما عليها فما تخيّله بعض المحشّين من انّ اصاله عدم وصول حقّه إليه انّما هو لاثبات الخيار للمشترى فاستشكل بانّه يثبت عند الضّرر و اثبات هذا العنوان بالاصل المذكور من المثبت فى غير محلّه و يمكن تقريب الاشكال بانّ المستشكل قد التفت الى انّ الاصول المذكوره انّما هو لتعيين المدّعى و المنكر و غرضه انّ الاصل و ان كان لاحراز

تعيين المنكر و لكنّه لا يجرى الّا فى حكم شرعىّ او موضوع ذى حكم كـذلك و كما انّ فى المتن يـدفع الاصول المفيده للبائع بانّ بعضـها غير جار لعـدم الحاله السّابقه و بعضـها جار غير نافع لانّه من المثبت و لا يترتّب عليه اثر شـرعىّ فكـذلك اصاله عدم وصول حقّ المشترى إليه تجرى لافـاده كونه المنكر اذا كـان لهـا اثر شـرعىّ و ذلـك الاثر ان كان هو الخيار فحيث انّه لا يترتّب عليها الّا بواسـطه عنوان الضّـرر كان الاصل مثبتا و الدّفع ح ان يقال انّ الاصل المذكور يترتّب عليه الاثر الشّرعى من دون واسطه و هو عـدم وجوب دفع الثّمن و عـدم جواز مطـالبه البـائع له ثمّ اعلم انّه كمـا اختـار المصـنّف مسـلك المشـهور من تقـديم قول المشترى و تعيين انّه المنكر نظرا الى اصاله عدم وصول حقّه إليه و اصاله عدم التزام المشترى بتملّك هذا الموجود و اصاله عدم العقـد و التّراضـى على الشّـى ء المطلق بحيث يشـمل الموصوف بهـذا الوصف الموجود و عـدمه و اصاله عـدم وفاء البائع بالعقد بـدفع العنوان الّـذى وقع العقـد عليه الى المشترى فكـذلك لو جعلنا المـدار فى تعيين المدّعى و المنكر بانّ المدّعى هو الّذى لو ترک ترک فانّ النّزاع فى المقام انّما هو مع قطع النّظر عن القبض لو فرض وقوعه و لا اشـكال ح فى كون البائع مدّعيا و كذلك بناء على ما اختاره جماعه من انّ المدار فيه على الصّدق العرفى لانّ اللّفظين لم يرد فى معناهما شـى ء من الشّـرع و لم يكن لهما حقيقه شـرعيّه او متشـرّعه و اختلافهم فى تعريفهما ناش عن الاختلاف فى الفهم العرفى و لا ريب انّ العرف يرى المشترى منكرا و البائع مدّعيا

قوله (من عدم وجوب تسليم الثّمن و المثمن فى مدّه الخيار)

و فى الحاشـيه التّقريريّه لبحث الاسـتاد ره جعل الخيار على اقسام ثلاثه الاوّل الخيار المجعول شـرعا ارفاقا لـذى الخيار و نظره له فى المعامله كخيار المجلس و الحيوان و يلحقه الخيار المشروط مدّه لاحد المتعاقدين او لكليهما الثّانى الخيار النّاشى عن تخلّف الشّـرط الضّـمنى كخيار الغبن و العيب و يلحق بهما خيار تخلّف الوصف المشترط فى المبيع الثّالث الخيار النّاشى عن تغيير المبيع عن اوصـافه المرئيّه سابقـا و اختـار فى القسم الاـوّل ثبوت حقّ الحبس لـذى الخيار بخلاف القسـمين الاخيرين و هو كما ترى لا محصّل له

قوله (كانّه لا يناسب اصاله اللّزوم)

اصـاله عـدم وصول حقّ المشترى إليه و اصاله عـدم التزام المشترى بتملّك هـذا الموجود ينفعان فى دفع اصاله اللّزوم الّتى تقـدّم دعواهـا لورودهـمـا فى موردهـا لاـنّ الشّـک فى اللّزوم انّما ينشأ من كون ما يقبضه البائع موافقا لما وقع عليه العقـد أم لا و اصاله عدم وصول

حقّ المشترى إليه رافع للمطابقه و برفع المطابقه لا يبقى شكّ فى اللّزوم و مع اصاله عدم التزام المشترى بتملّك هذا الموجود لا يبقى موضوع للزوم و امّا اصاله بقاء يد المشترى على الثّمن فالشكّ فى كون ما يقبضه البائع موافقا لما وقع عليه العقد ملزوم لها و ليس الاصل المذكور ناظرا إليه و لا الى لزوم العقد و عدمه ابتداء نعم لو اريد التمسّك باصاله اللّزوم فيما لو شكّ فى عقد فى اقتضائه ذلك بحسب اصل وضعه صحّ التمسّك باصاله بقاء يد المشترى على الثّمن لدفع اللّزوم و اثبات جوازه لانّ الشّك فى اللّزوم و الجواز ح يكون مسبّبا عن الشّك فى قابليّه العقد لذلك و الاصل المذكور رافع لها

قوله (و تاخّره عنه على وجه لا يوجب الخيار

هذا التّقييد للاحتراز عمّا لو تجدّد فى المبيع عيب بعد العقد و قبل القبض فانّ المشترى يتخيّر ح بين الفسخ و الامضاء لانّ المشهور هو الحاق تلف الوصف بعد البيع و قبل القبض بتلف المبيع و اجزائه فى كون ضمانه على البائع فدعوى البائع تاخّر التغيّر عن البيع يفيده لو كان مدّعيا لوقوع التغيّر بعد قبض المشترى كما لو اتّفقا على انّ الشّاه كانت سمينه حال المشاهده و البيع وقع على الوصف المشاهد و صارت مهزوله بعدها و اختلفا بانّ ادّعى البائع صيرورتها مهزوله بعد قبض المشترى و ادّعى المشترى صيرورتها كذلك قبل البيع او القبض

قوله و الظّاهر انّه لا يترتّب على شى ء منهما الحكم)

علّل قدّس سرّه عدم جريان الاصلين و بقاء اصاله عدم وصول حقّ المشترى إليه من دون وجود حاكم عليها بانّ الاصلين مثبتان و بهذا يندفع ما كان يتخيّل من التّفصيل بين ما اذا علم تاريخ البيع و حصل الاختلاف فى تاريخ التغيّر فيكون الاصل تاخّره و لازمه عدم الخيار للمشترى فانّ مقتضى الاصل حدوث التغيّر فى ملكه كما انّ فى صوره العكس يكون الاصل تاخّر البيع عن زمان التغيّر الموجب لخيار المشترى و ما اذا كانا مجهولى التّاريخ فلا يجرى الاصل فى كليهما للتّعارض و كان المرجع ح اصاله عدم وصول حقّ المشترى إليه وجه الاندفاع انّ تلك الاصول لا تجرى لانّها من المثبتات من دون فرق بين ما لو كان كلّ من التغيّر و البيع مجهول التّاريخ او كان احدهما معلوما تاريخه و الفرق انّ فى مجهولى التّاريخ يكون عدم الجريان من جهتين تعارض الاصلين و كونهما مثبتين و فيما كان المجهول تاريخ احدهما فعدم الجريان من جهه انّه لا اثر لاصاله تأخّر المجهول

[مسأله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار]

قوله و اعترض عليه بانّ الغرور لا يختصّ بصوره علم الغارّ)

على انّ تخصيص رجوع المشترى بما غرم بصوره الغرور فى حيّز المنع و الّا لم يكن له الرّجوع فيما

اعتقد البائع انّه ملک له فباعه و ظهر انّه لغیره و اغترم علیه المشتری و لم یجز المالک و ظاهرهم اطلاق الرّجوع و الوجه فی ذلک کلّه هو تسبیب البائع لغرم المشتری

قوله (ثمّ انّ المحکیّ فی س عن الشّیخ و اتباعه)

تقریر الاشکال هو انّ مقتضی الشّرط عدم رجوع المشتری علی الثّمن و تملّک البائع له بتمامه و الحال انّه لیس فی مقابله شی ء للمشتری و هو مناف لمقتضی العقد اذ لا شی ء فی مقابله الثّمن فیکون البائع اکلا للثّمن بالباطل و الصّواب عدم الاشکال فی الصحّه و ذلک لانّ الوجوه المتصوّره فی صحّه المعامله ثلاثه الاوّل کفایه الملکیّه و ان لم یکن المبیع مالا فانّ البیع تملیک عین بعوض و علیه فحیث انّ المفروض ملکیّه المبیع شرعا قبل الکسر فلا بأس بمقابلته للثّمن و صحّ البیع الثّانی لزوم اعتبار کون المبیع من الاموال الواقعیّه و اشتراط التموّل فی العوضین واقعیّا لا علمیّا و علیه فالفاسد الواقعی المنکشف بالکسر یکون العقد علیه فاسدا الثّالث کفایه المالیّه الظّاهریّه بمعنی انّ المالیّه الّتی بها یتقوّم حقیقه المبادله اعمّ من الواقعیّه و الظّاهریّه و علیه فالبیع الواقع صحیح واقعا و المبیع من حیث کونه فاسدا یکون معیبا و یسقط خیاره بالتّبری و احسنها الأخیر لانّ البیع و ان کان تملیکا الّا انّ اشتراط المالیّه فی المتعلّق ممّا لا ریب فیه لوضوح انّ الغرض النوعی العقلائی فی المعاملات سیّما البیع لیس هو نقل الاضافه الملکیّه فقط بل هو التّبدیل المتعلّق بالاموال فاشتراط کون المبیع مالا لا اشکال فیه و لکنّ الشّأن انّما هو فی لزوم اعتبار کونه مالا واقعیّا و قد اشرنا آنفا فی ذیل کلام الدّروس انّ دعوی وضوح کون مالیّه ما لا یکون لفاسده قیمه عرفا و شرعا من حیث الظّاهر و أمّا اذا انکشف الفساد حکم بعدم المالیّه من أوّل الامر مصادره فالمستشکل ان اراد بانتفاء ما یقابل الثّمن انتفائه من حین المعامله ففیه انّ المبنی مالیه المبیع شرعا قبل الکسر فیقابل الثّمن و ان اراد انتفائه من حین الکسر ففیه انّه لا ینافی مقتضی العقد اذ لیس من مقتضاه بقاء کلّ من العوضین الی مدّه نعم یقتضی وجودهما حین العقد و لیس الکسر الّا تلف حادث فی ملک المشتری فلیس اخذ البائع للثّمن اکلا للمال بالباطل

[مسأله لا فرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضمّ معلومٍ إلیه و عدمه]

قوله (و علیها تحمل صحیحه العیص بن القاسم)

فی معنی الصّحیحه احتمالات الاوّل انّه یجوز بیع اللّبن فی الضّرع و لکن بشرط تعیین ذلک بان یقال الی انقطاع الالبان او الی ان تنتصف و امثال ذلک الثّانی انّه یجوز بیع البان جمیع الانعام او الاغنام او لبن بعض منها و یکون ما بعد حتّی ح غایه مؤکّده للجواز یعنی انّه یجوز البیع الی ان تنقطع البان الجمیع فیکون عباره عن البان جمیعها و یجوز بیع شی ء من البانها الثّالث ما ذکره فی المتن و هو ان یکون المراد من الانقطاع انفصال اللّبن من الضّرع و یکون المعنی نعم یجوز البیع بشرط ان ینقطع الالبان من الثّدی ای تحلب امّا کلّها او بعضها

فامّا اذا كانت كلّها فى الثّدى و لم يحلب شى ء منها بعد فلا يجوز بيعها و بهذا المعنى يوافق موثّقه سماعه لا على الاوّلين و لكن لا يخفى عدم مناسبه لفظه حتّى لهذا المعنى لانّ قوله نعم بمنزله قوله يجوز و لفظه حتّى ح لا بدّ ان تكون غايه للجواز و الحال انّ انفصال اللّبن بتمامه او انفصال بعض منه على هذا المعنى قيد للجواز لا غايه له و لا يبعد ان تكون من تحريف النّساخ و كونها فى الاصل متى

[مسأله يجوز أن يُندر لظرفٍ ما يوزن مع ظرفه مقدارٌ يحتمل الزياده و النقيصه]

قوله و يمكن ان يحرّر المسأله على وجه اخر)

و الفرق بين هذه الصّوره و السّابقه انّ بعد وزن المظروف مع ظرفه يكون الاندار فى هذه الصّوره قبل البيع و ذلك لتعيين مقدار المبيع و تصحيح العقد فانّ الباقى بعد الاندار يفرض و زنا للمظروف و امّا فى الصّوره السّابقه يكون اندار مقدار معيّن للظّرف بعد وقوع البيع فيكون الاندار لتعيين ما يستحقّه البائع من الثّمن لا لاجل تصحيح البيع و يظهر من عبائر جماعه الوجه الاوّل و من اخرى الثّانى و امّا الرّوايات فامّا موثّقه حنان فقول السّائل فيحسب لنا يحتمل ان يكون الفاء للتّرتيب فيفيد وقوع حساب النّقصان بعد الاشتراء فتكون الرّوايه فى مورد الوجه الاوّل و هو الاندار بعد البيع و يحتمل ان تكون تفسيريّه من دون ان تفيد التّرتيب فتكون الرّوايه فى مورد الوجه الثّانى او يعمّهما و امّا روايه علىّ بن حمزه فهى ساكته من بيان انّ طرح الظّرف قبل المعامله او بعدها و الجواب بإطلاقه يعمّ الوجهين و امّا خبر علىّ بن جعفر فهو كموثّقه حنان و الفاء فى قول السّائل فيقول ادفع تحتمل ان تكون للتّرتيب فتفيد طلب الدّفع بعد اشتراء المتاع و يكون الاندار بعد البيع و تحتمل ان تكون تفسيريّه و الانصاف انّ الاندار متعارف بكلّ من الوجهين و الظاهر انّ الشّارع اعتبره على الوجهين تسهيلا للامر على المكلّفين و لو كان الجواز مخصوصا باحدهما لكانت فى الرّوايات دلاله عليها و لو ايماء

قوله (فاذا تراضيا على ان يندر للظّرف رطلان

قد يقال انّ هذا باطل قطعا لخروجه عن مورد النّص و الاجماع لانّ موردهما ما اذا كان الاندار بما يقتضيه العرف و العاده لا بكلّ ما اقترحه المتبايعان فمع كون المعتاد اسقاط رطل لا عبره بتراضيهما برطلين او ازيد او انقص فالاولى ان يمثّل بما لو كان المجموع عشره ارطال مثلا و كان المعتاد اسقاط رطلين فتراضيا عليهما مع علمهما فى القضيّه الشخصيّه بالزّياده او النّقيصه

قوله (فى الباسنه و الجوالق)

الباسنه بالباء الموحّده و السّين بعدها النّون جوالق غليظ كما فى القاموس و الجوالق معرّب جوال و الجمع جواليق

قوله (من جواز اندار ما يحتمل الزّياده و النّقيصه)

لا بدّ ان يبحث أوّلا فى انّ الاندار

على وفق القاعده أم لا- و ثانيا فى الاصل و ثالثا فيما يستفاد من النّصوص امّا الاوّل فلا يبعد دعوى كونه على القاعده بكلّ من الوجهين المذكورين امّـا على فرض وقوع الاندار قبل البيع فغايه الامر مجهوليّه المبيع من جهه احتمال الزّياده و النّقصيه و لكن لمّـا تعارف ذلك و صدق فى العرف انّ المبيع معلوم فلا- غرر عرفا و هو المدار فى القاعده و امّا على فرض وقوعه بعد البيع فجهاله المبيع و ان كانت بسبب جهاله ما يندر للظّرف مضافا الى الجهاله من حيث احتمال الزّياده و النّقصان فيما يقدّر بعد الاندار الّا انّه لمّا تراضيا على الاندار بحسب ما هو المعتاد و المتعارف سواء علما بما يعتاد انداره أم لا كفى هذا المقدار فى المعلوميّه و رفع الغرر عرفا و من انكر هذه المسامحات العرفيّه و شكّ فى صدق الغرر و وصل النّوبه الى الاصل فالظّاهر انّ اصاله عدم زياده المبيع على ما بقى بعد الاندار و اصاله عدم استحقاق البائع ازيد ممّا يعطيه المشترى من الثّمن لا ينفعان فانّ الاولى على نحو ليس النّاقصه غير جاريه لفقد الحاله السّابقه و الثّانيه و ان كانت جاريه لكنّها تنفع بعد تصحيح البيع لا فى صحّته مضافا الى انّ الاصلين لو كانا جاريين لكانا نافعين فى دفع احتمال زياده المبيع على ما بقى بعد الاندار و لا ينفعان فى مقام احتمال النّقيصه و مع النّظر الى النّصوص فقد عرفت شمولها للوجهين من الاندار ثمّ المتيقّن من الصحّه بالنّظر الى النّصوص هو الاندار بما هو المتعارف نوعا مع التّراضى و اعتبار عدم العلم بزياده المحسوب او نقصانه عن الظّرف بما لا يتسامح به فى بيع كلّ مظروف بحسب حاله و امّا مع عدم القيدين فمع الشّك فى الزّياده و النّقيصه و عدم العاده فالظّاهر عدم صحّه البيع لانّ المبيع من المكيل و الموزون و مع العلم بالزّياده و النّقيصه فلا بأس مع لحوق رضاء جديد غير الرّضا باصل الاندار باسقاط من الذمّه او هبه للعين سواء كان هناك عاده أم لا و امّا صحّه البيع من دون احتياج الى رضاء جديد فلا للغرر و ما عرفت من ادلّه الكيل و الوزن

[مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلّا بوزن المجموع]

قوله لا من المركّب من الظّرف و المظروف)

فانّ على الاوّل يفرض الظّرف كالمظروف و مجتمعا معه فى البيع على ان يكون الرّطل من الظّرف مساويا فى القيمه للرّطل من المظروف و أمّا اذا فرض المبيع مركّبا من الظّرف و المظروف و باع كلّ رطل منه بدرهم من دون لحاظ التّساوى فى القيمه كان الدّرهم بإزاء الرّطل المركّب فقط و لا بدّ ح فى توزيع الدّرهم و وقوع جزء منه بإزاء جزء من المركّب من ملاحظه نسبه الجزء من الظّرف الى اجزاء المظروف بما لكلّ منهما من القيمه الواقعيّه

[تنبيهات البيع]

قوله و الشّهيد انّه يسعر عليه ان اجحف بالثّمن)

و الّذى وقفت عليه من الاخبار الدالّه على عدم التّسعير خبر حذيفه بن منصور عن ابى عبد اللّه (ع) نفد الطّعام على عهد رسول

اللّه (ص) فاتاه المسلمون فقالوا يا رسول اللّه قد نفد الطّعام و لم يبق منه الّا شى ء عند فلان فمره يبيعه النّاس قال فحمد اللّه و اثنى عليه ثمّ قال يا فلان انّ المسلمين ذكروا انّ الطّعام قد نفد الّا شيئا عندك فاخرجه فبعه كيف شئت و لا تحبسه و خبر حمزه عن علىّ (ع) انّ رسول اللّه (ص) مرّ بالمحتكرين فامر بحكرتهم ان تخرج الى بطون الاسواق و حيث ينظر النّاس إليها فقيل لرسول اللّه لو قوّمت عليهم فغضب (ص) حتّى عرف الغضب فى وجهه و قال (ص) انا اقوّم عليهم انّما السّعر الى اللّه عزّ و جلّ يرفعه اذا شاء و يضعه اذا شاء و التّفصيل المذكور عن الجماعه حسن ان بلغ اجحاف البائع الى حدّ لا يقدم احد على شرائه و يكون نقضا لغرض الاجبار و اللّه العالم هذا ما وفّقنا اللّه تبارك و تعالى لتحريره عند البحث و النّظر الى كتاب البيع و احكامه مع ضيق المجال و اضطراب الاحوال و الحمد للّه أوّلا و آخرا

[القول فى الخيار و احكامه و أقسامه]

[فى معنى الخيار]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

الحمد للّه ربّ العالمين و الصّلاه و السّلام على سيّدنا محمّد و آله الطّيبين الطّاهرين و اللّعنه على اعدائهم اجمعين القول فى الخيار و اقسامه و احكامه

قوله (فى كلمات جماعه من المتاخّرين فى ملك فسخ العقد)

فسّره لغه جماعه منهم الجواهر بانّه المشيّه فى ترجيح احد الطّرفين و لا يخفى انّ على هذا يكون المعنى المصطلح على اىّ من التّعريفين المذكورين من النّقل الى المباين لوضوح انّ المعنى المصطلح ليس هو المشيّه بل هو معنى يكون من قبيل اسم المصدر و على تقدير ان يكون المعنى المصطلح هو الاختيار المصدرى فيكون بمعنى ترجيح احد الطّرفين و ترجيح احد الطّرفين غير المشيّه فى ترجيح احد الطّرفين و الظّاهر انّ التّفسير بالمشيّه من حيث اخذه مصدر خار يخير كقتال بقرينه جعله بمعنى الخيره ثمّ تفسيرها بمشيّه احد الطّرفين و المصرّح به فى الصّحاح و القاموس و غيرهما انّه الاسم من الاختيار و عليه فليس من النّقل الى المباين لانّ المعنى اللّغوى ح يكون ملك مطلق الامر و هو اعمّ من فسخ العقد و غيره و لا يضاف الى غير الافعال من الاعيان و المنافع كالاختيار الّذى هو مصدره و المعنى المصطلح ملك لامر خاصّ و حقّ ثابت لذى الخيار متعلّق بفسخ العقد او فسخه و اقراره و على تقدير تفسيره بالمشيّه لغه يكون من النّقل الى المباين لما عرفت من انّ المعنى المصطلح لا يكون نفس المشيّه بلا ريب و صرّح بعض اللغويّين بانّ الخيار بمعنى الاختيار و توهّم بعض انّ بناء عليه يكون الخيار لغه و اصطلاحا بمعنى واحد و هو الاختيار و الفرق انّ فى اللّغه لمطلق هذا المؤدّى و فى الاصطلاح لاخصّ منه و هو اختيار ما يشاء من طرفى ابقاء العقد و ازالته و هو فاسد لانّ اختيار ابقاء العقد و ازالته فى الجواز

الحكمى خارج عن الخيار بالمعنى المصطلح و ليس ذلك عندهم الّا عباره عن خصوص الحقّ الثّابت لشخص فى فسخ العقد و ابقائه و بالجمله على المعنى الثّالث بحسب اللّغه يكون من النّقل الى المباين و على اىّ حال فالامر فى ذلك سهل و امّا المعنى المصطلح فهل هو ملك فسخ العقد او ملك اقرار العقد و ازالته الاولى هو الاوّل فانّ الزام العقد و تثبيته و جعله غير قابل لان ينفسخ ليس كالفسخ امرا وجوديّا بل ليس مرجعه كما افاده المصنّف ره الّا الى اسقاط حقّ الخيار فانّ العقد بعد وقوعه افاد نقل المال الى المشترى و ما ينتظر وقوعه ليس الّا القدره على الفسخ و الرّجوع عن النّقل الواقع و ليس لتثبيت العقد شى ء كالفسخ غير ما كان حاصلا من النّقل و كون المال للمشترى و ما فى الحاشيه التّقريريّه لبحث الاستاد طاب ثراه و حاصله انّ المنشأ بالعقد مدلولان احدهما مطابقىّ و هو تبديل المال بالمال و الاخر التزامىّ و هو التعهّد بما انشأه المعامل و الالتزام به و كلّ منهما امر وجودىّ غير الاخر و معنى ثبوت الخيار لاحد المتعاملين انّ اختيار المدلول الالتزامىّ وضعا و رفعا بيد ذى الخيار فله ردّ ما الزمه على نفسه من انفاذ العقد فينحلّ العقد و له ابقاء ما التزم به طرفه له فيستقرّ العقد انتهى و ان كان حقّا لا محيص عنه و تعرف إن شاء اللّه تعالى ما يترتّب عليه فى بعض المباحث الآتيه الّا انّه فى المقام لم اجد فى اطراف كلامه ما يوجب ان يكون كلّ من طرفى الخيار امرا وجوديّا و ما سيجى ء من المصنّف ره فى احكام الخيار من التّعبير بانّ الرّضا بمضمون العقد التزام بالعقد و يوجب اللّزوم فليس الغرض منه الّا الاشاره الى الالتزام بعدم الفسخ و اسقاط الخيار فتدبّر

قوله (و لعلّ التّعبير بالملك للتّنبيه)

الحكم امّا تكليف و امّا وضع و على اىّ حال فهو مجعول من الشّارع من دون لحاظ الشّخص فى جعله متعلّق بفعل الإنسان من حيث المنع عنه و الرّخصه فيه او ترتّب الأثر عليه و الحقّ قد يطلق فى مقابل الملك و قد يطلق فيما يرادفه و هو اضعف من مرتبه الملك و أوّل مرتبه من مراتبه المختلفه فى الشدّه و الضّعف و هو بمعنييه سلطنه مجعوله للإنسان على غيره مع لحاظ الشّخص بحيث لا قوام له بدونه و يختلف فى جعله و ثبوته من حيث سقوطه بالاسقاط و عدمه و نقله الى غيره مجّانا او بعوض و عدمه و انتقاله قهرا بالارث و عدمه الى اقسام عديده و امّا الحكم فحيث لم يلاحظ فيه الشّخص فلا يقبل النّقل و الاسقاط و لو دلّ دليل على احدهما علم منه كون الشّى ء حقّا و ليس كلّ ما لا يسقط و لا ينقل حكما لما عرفت من انّ بعض الحقوق أيضا لا يسقط و لا ينقل و لم يؤخذ الحقّ و الحكم موضوعا لامر فى الكتاب و السنّه بل هما اصطلاحان عند الاصحاب لتعيين ما يترتّب عليهما من الآثار و يمتاز كلّ عن الاخر بما يستفيدونه من الادلّه

فان استفيد منها مجرّد جعل الرّخصه فى فعل شى ء او تركه او الحكم بترتّب اثر على فعل او ترك سمّى حكما و ان استفيد منها السّلطنه على شى ء سمّى حقّا كان متعلّقا بعين كحقّ الرّهانه او بشخص كحقّ القصاص او بعقد كحقّ الخيار او بغيرها و تمييز القسم الخاصّ من الحقّ اثباتا فهو بحسب ما يستفاد من دليله كما علم انّ تمييزه عن الحكم انّما هو بحسب ما يستفيده الفقيه من الادلّه و لو شكّ فى شى ء بين كونه حكما او حقّا فالمرجع العمومات و الاصول و لمّا اعترض المصنّف على التّعريف المذكور بعدم كونه مانعا اراد التّوجيه بانّ تعبير الجماعه فى مقام التّعريف بملك فسخ العقد لعلّه للتّنبيه على انّ الخيار من الحقوق فيخرج ملك الفسخ فى العقود الجائزه و فى عقد الفضولى و قد استشكل السيّد الطّباطبائى ره فى حاشيه على تعريف الخيار بالملك بما هذا لفظه لا يخفى انّ الملك لغه السّلطنه و فى العقود الجائزه أيضا السّلطنه متحقّقه فلا دلاله فى التّعبير المذكور على ما ذكره الّا ان يراد من الملكيّه السّلطنه المطلقه على الفسخ بمعنى كون امره بيده من جميع الجهات كما فى لفظ الملك المضاف الى الاعيان و هو غير ظاهر اذا لملك المضاف الى الافعال يمكن ان يجعل بمعنى السّلطنه على نفس ذلك الفعل بمعنى القدره عليه لا بمعنى كونه مملوكا له و مسلّطا عليه من حيث سائر التصرّفات ه اقول قد تقدّم منّا فى اوائل بحث المعاطات انّ الملكيّه ربط خاصّ بين المالك و المملوك موجب لسلطنته عليه او هى نفس السّلطنه عليه و يختلف هذا الرّبط شدّه و ضعفا و ذكرنا انّها تنقسم الى ملكيّه العين و ملكيّه المنفعه و ملكيّه الانتفاع مع انّها ليست فيهما الّا مجرّد الاباحه من جهه خاصّه و قد عبّر بملكيّه الانتفاع فى حقّ المارّه و الصّلاه فى الاراضى المتّسعه و ليس ذلك الّا من جهه انّ الشّجره او الارض مملوكه للمباح له من جهه الانتفاع الخاصّ بها و ليس المراد من الملك فى تعريف الخيار هو السّلطنه بمعنى القدره بل المراد منه هو الامر المجعول الّذى هو من الاحكام الوضعيّه و قد يقال انّه من مقوله المضاف و قد يقال انّه من مقوله الجده امّا حقيقيّه او اعتباريّه و على ايّ حال لا يراد منه المعنى اللّغوى و قد عرّفه الشّهيد قدّس سرّه فى القواعد بانّه حكم شرعىّ مقدّر فى العين او المنفعه يؤثّر تمكين المضاف إليه من الانتفاع به و العوض عنه من حيث هو كذلك ه و لا يعتبر فيه بجميع مراتبه السّلطنه على المتعلّق من جميع الجهات و سائر التصرّفات سواء اضيف الى الاعيان او الافعال او غيرهما و قد عبّر الاصحاب عن جواز انتفاع الزّوج بالزّوجه بملكيّته لبضعها مع انّها حرّه و لا معنى لمالكيّته لبضعها الّا الاباحه من جهه خاصّه و القول الفصل هو انّ تعريف الخيار بملك فسخ العقد احسن التّعاريف و لا يدخل فيه شى ء يكون من غير الخيار الشّرعى فانّ المراد بالملك

كما مرّ عليك هو الرّبط الخاصّ و الاضافه الخاصّه الاعتباريّه بين الشّخص و ما يكون ملكا له موجب للسّلطنه عليه او هو نفس السّلطنه عليه و يختلف هذا الرّبط شدّه و ضعفا و الخيارات سلطنه مجعوله باحد اسبابها للمتعاقدين او الأجنبيّ على ابطال العقد اللّازم و حلّه و ما ذكره المصنّف ره من النّقص طردا فبعضه غير داخل فى الحدّ و بعضه من المحدود و ذلك لأنّا اذا قلنا الخيار ملك فسخ العقد خرج بلفظ الملك ما كان من الاحكام كالرّجوع فى العقود الجائزه فانّ الجواز فيها حكميّ و لذا لا يقبل الاسقاط كما هو الشّأن فى جميع الاحكام الشّرعيه سواء كانت ثابته فى العقود أم فى غيرها لانّ امر الحكم بيد الحاكم لا بيد المحكوم عليه نعم لو كان معلّقا على موضوع و كان داخلا فيه كان له الخروج عنه فيسقط به حينئذ لا بالاسقاط و العقد الجائز لا خيار فيه ما دام جائزا الّا اذا عرض عليه اللّزوم بسبب فيؤثّر ح سبب الخيار فيه خيارا و الفرق بين الجواز و الرّجوع فى العقود الجائزه و بينهما فى العقود اللّازمه بسبب الخيار انّ المجعول فى الاوّل مجرّد الرّخصه فى الفسخ و الامضاء من دون جعل سلطنه خاصّه و اضافه مخصوصه لاحد بخلاف الثّانى حيث انّ المجعول فيها السّلطنه على الفسخ لاحد المتعاملين او كليهما و كاجازه المالك فى البيع الفضولى فانّها من الاحكام لانّ معناها امضاء البيع الواقع فى ملكه فهو كما لو باعه بنفسه من كونه من الآثار المتعلّقه بنفس السّلطنه الّتى هى له و مثلها الردّ الّذى مرجعه الى ابقاء ملكه على ما كان و كلّ من النّقل و الابقاء من الاحكام لا من الحقوق الّتى يصدق عليها الملك فكما انّ الاجازه و الردّ من المرتهن لبيع الرّاهن تكون خارجه عن التّعريف لانّهما من الاحكام اللّاحقه لحقّ الرّهانه و ليس ردّ العقد او اجازته من المرتهن حقّا شرعيّا مجعولا له بالخصوص و ردّه للعقد مرجعه الى ابقاء حقّه على ما كان فكذلك فى الفضولى و كردّ الوارث العقد على ما زاد على الثّلث و امضائه فانّ ذلك أيضا من الاحكام فانّ معنى كون المنجّز من الثّلث هو انّه يكون موقوفا فان برء من المرض كشف عن النّفوذ من الاصل من حين التصرّف و ان مات فى ذلك المرض و لم يكن ازيد من الثّلث كشف أيضا عن كونه نافذا من الاوّل و الّا فيكشف عن كونه فاسدا من الاوّل بمقدار الزّائد عن الثّلث اذا لم يجز الوارث كالوصيّه الّتى تبطل من حينها فيما زاد على الثّلث مع عدم الاجازه لا انّه يحكم بصحّه التصرّف الواقع الى حين الموت و مع الموت و عدم اجازه الوارث يحكم بفساده من ذلك الحين بان يكون الوارث مبطلا له عند الانتقال إليه فينفذ من الثّلث من حين الموت و ذلك لانّ بعض التصرّفات لا يمكن فيه طروّ الفساد بعد وقوعه صحيحا كالعتق فانّه اذا صار العبد حرّا فلا يمكن عوده رقّا الّا بالاسترقاق اذا كان كافرا و كالوقف المأخوذ فى معناه التّأبيد و لا قائل بالتّفصيل بين ما يقبل طروّ الفساد و

غيره و ما ذكرناه فى معنى كون المنجّز من الثّلث دليل على انّ التوقّف على الاجازه من الحكم و كون الحكمه فى جعله ملاحظه حال الوارث و رعايه التّوفير عليه و ليس الممنوعيّه من التصرّف فى الزّائد مستلزما لثبوت حقّ للوارث فى عين مال المريض بحيث يكون تصرّفه فيه تصرّفا فى متعلّق حقّ الغير كما لا يكون مستلزما لثبوت حقّ له فى تصرّفاته بحيث يكون اجازه الوارث فى حال حياته منجّزا لتصرّفه و بالجمله و كاجازه العمّه و الخاله العقد على بنت الاخ و الاخت و فسخهما فانّ الظّاهر انّه من باب الحكم الشّرعى بلا اشكال و لا بأس بدخول الاخيرين فى الحدّ و ان لم يتعرّضوا لهما فى كتاب البيع و قد ذكر كلّ واحد منهما فى محلّه و خرج باضافه الملك الى الفسخ ملك غيرهما من الاعيان و المنافع و باضافه الفسخ الى العقد سلطنه الزّوج على الرّجوع فى الطّلاق الرّجعى فانّها ملك لازاله الايقاع و هو الطّلاق و امّا نفس الطّلاق فليس فسخا و ازاله لعقد النّكاح بل هو رافع لدوامه كالنّقل الى الغير بعد العقود اللّازمه و انّما المزيل و الفاسخ هو الفسخ باحد العيوب المجوّزه له و مع ذلك كلّه كان ما ذكرناه لتشريح الذّهن و توضيح بعض الكلام و الّا فمعلوم انّ التّعاريف المذكوره فى امثال المقام ليست من الحدود الحقيقيّه بل هى معرّفات لفظيّه يؤتى بها لتمييز المعرّفات بها عمّا عداها فى الجمله ليكون الباحث على بصيره فى معرفه الاحكام و الآثار المترتّبه عليها

قوله و يمكن الخدشه فيه بانّه ان اريد الخ)

الانصاف صحّه المعنى الاوّل و الاشكال بانّ القدره على الشّى ء عين القدره على تركه مبنىّ على الدقّه و امّا فى التّعبيرات العرفيّه فذكر متعلّقى القدره شايع و امّا المعنى الثّانى فالاشكال الاوّل انّما يتمّ بناء على ما قدّمنا من عدم كون تثبيت العقد و جعله غير قابل للفسخ امرا وجوديّا و هو اختيار المصنّف و الاشكال الثّانى فالظّاهر انّه غير وارد لانّ عدم امكان التّفكيك فى الفسخ و امتناع انفساخ العقد من احد الطّرفين مع بقائه من الطّرف الاخر لا يقتضى بقرينه المقابله ظهور الالزام فى جعله لازما مط لوضوح انّ تأثير الفسخ من الطّرفين انّما هو من جهه امتناع التّفكيك لا من جهه ظهور اللّفظ فيه و امّا الالزام فلا اشكال فى انّه يؤثّر فى اللّزوم من طرف صاحب الخيار فان كان لاحدهما كان الالزام من طرفه خاصّه و ان كان مشتركا كان لكلّ منهما الزامه من طرفه

[فى أقسام الخيار]

[الأول فى خيار المجلس]

اشاره

قوله و اضافه الخيار إليه لاختصاصه)

الاضافه معنويّه امّا بمعنى فى نحو ضرب اليوم اى ضرب فى اليوم و تكون من قبيل اضافه الحالّ الى المحلّ و امّا بمعنى اللّام فتكون من باب اضافه المسبّب الى سببه كحراره الشّمس وضوئه كما فى سائر انواع الخيارات من خيار

الشّرط و خيار الغبن و العيب او تكون للاختصاص كما هو ظاهر المتن

قوله (و الموثّق الحاكى لقول علىّ عليه السّلام)

روى الشّيخ فى الموثّق عن غياث بن ابراهيم عن ابى جعفر (ع) قال قال علىّ (ع) اذا صفق الرّجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا و هو امّا مطروح لاعراض الاصحاب عنه و مخالفته للاجماع و الرّوايات المستفيضه او مؤوّل فحمله بعضهم على التقيّه لما صرّح به الزّمخشرى فى كتاب ربيع الابرار مع انّه حنفىّ المذهب انّ أبا حنيفه ردّ على رسول اللّه (ص) فى أربعمائه حديث منها حديث البيّعان بالخيار ما لم يفترقا و ايّده بكون راويه عاميّا و يرد على هذا الحمل انّ التّقيه ان كانت صادره عن امير المؤمنين فمذهب ابى حنيفه قد حدث بعده بزمان كثير و ان كانت عن الباقر (ع) كما هو ظاهر الحامل بالنّظر الى التّاييد المذكور فصحّتها انّما تكون حيث يخبر عن الحكم تقيّه بنفسه لا اذا اسند الى امام آخر قولا كذبا و لا يقاس ذلك بما اذا اخبر الامام عن حكم تقيّه من دون اسناد الى آخر فانّ حكم اللّه تعالى لمّا كان منقسما الى واقعىّ اختيارىّ و ظاهرىّ اضطرارى كان المخبر به فى المقيس عليه هو حكم اللّه تعالى من دون صدور كذب و هذا بخلاف ما اذا نقل حكما من امام آخر فانّه لا يجوز ان يكون غير الحكم الواقعى و يمكن دفعه بانّ من المحتمل كون الحكم عند المخالفين فى عصر امير المؤمنين (ع) هو وجوب البيع و ان اشتهر به ابو حنيفه مضافا الى ما صحّ عندنا من انّه (ع) علّم ابنه الحسن (ع) بالقول اكثر الاحكام من الواقعيّه و الظّاهريّه فكما علّمه حكم المكره و المضطرّ و لو فى غير زمان الحاجه فيجوز ان يكون هذا منها و حمله بعضهم على إراده مجرّد الثّبوت من لفظ الوجوب فيكون ردّا على من يقول بعدم حصول النّقل و ملكيّه المشترى الّا بالعقد و انقضاء زمان الخيار و يكون المراد انّ النّقل يحصل بصفقه البيع و ان لم ينقض زمان الخيار قال بعض الفقهاء الاجلّه و على هذا يمكن توجيه التقيّه بوجه اخر و هو انّ مراده (ع) من الوجوب ما ذكر و هذا قد قاله علىّ (ع) فلم يكذب عليه عليهما السّلام لكن اتى بلفظ كان معناه فى زمان المنقول عنه مجرّد الثّبوت و قد كثر استعماله فى زمان النّاقل بمعنى اللّزوم فقد نقل عنه اصل ما قاله من دون بيان انّ مراد القائل غير ما يفهم الآن عرفا من جهه التقيّه و حمله الشّيخ فى الاستبصار على البعيد اى و ان لم يفترقا الى موضع بعيد فالبيع واجب مع الافتراق فى الجمله و ان لم يصل الى البعد و قال فى يب يحتمل ان يكون المراد به ان لم يفترقا تفرّقا بعيدا او تفرّقا مخصوصا لانّ القدر الموجب للبيع شى ء يسير و لو مقدار خطوه فانّه يجب به البيع ه و يمكن ان يحمل على اشتراط سقوط الخيار فيكون المراد من صفقه الرّجل على البيع الالتزام به

[مسائل فی خیار المجلس]

[مسأله لا إشكال فی ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصيلين]

قوله (و الاولی ان یقال انّ الوکیل اذا کان وکیلا الخ)

حاصل ما افاده قدّس سرّه عدم ثبوت الخیار للوکیل الّا اذا کان مستقلّا فی التصرّف فی مال الموکّل بحیث یشمل فسخ المعاوضه بعد تحقّقها نظیر العامل فی القراض و ثبوته للموکّل فی الجمیع و لکن مع حضوره فی مجلس العقد و علی ما اختاره یکون المراد من البیّعین من بیده سلطان العقد و حلّه فیشمل المالک و من بحکمه من الولیّ و الوصیّ و الوکیل المطلق امّا ثبوته للوکیل فیما اذا کان مستقلّا لعموم النّص من حیث صدق البائع علیه حقیقه لغه و عرفا فیشمله قوله (ص) البیّعان بالخیار و امّا عدمه له فی غیر ذلک ففی الوکیل فی مجرّد اجراء الصّیغه واضح لانّه بمنزله الآله و عقد الوضع و هو البیّع لا یصدق علیه و امّا عدمه فی الوکیل فی التصرّف علی وجه المعاوضه من دون ان یکون مستقلّا فی التصرّف فی مال الموکّل فلانّ عقد الوضع و ان صدق علیه و لم یکن منصرفا عنه الّا انّ عقد الحمل لا یمکن شموله له لما ستعرف من عدم نهوض ادلّه الخیار لتخصیص ما دلّ علی سلطنه الموکّل علی ما انتقل إلیه مضافا الی ملاحظه بعض اخبار هذا الخیار المقرون بینه و بین خیار الحیوان او مضافا الی ملاحظه حکمه الخیار و هو الارفاق بصاحب المال و امّا ثبوت الخیار للموکّل مط فلصدق البیّع علیه فی جمیع الاقسام حقیقه و فی القسم الّذی یثبت للوکیل انّما کان ثبوته له لکونه نائبا عنه فثبوته للمنوب عنه اولی مضافا الی انّ المستفاد من بعض النّصوص کون الخیار حقّا لصاحب المال شرعا ارفاقا له

قوله (و سلطنه لکلّ من المتعاقدین علی ما انتقل الی الاخر)

و ذلک لانّ ادلّه الخیارات مخصّصه لعموم ادلّه وجوب الوفاء بالعقد و من کان مکلّفا بوجوب الوفاء جاز له فسخ العقد بسبب الخیار و لیس المکلّف بذلک الّا من کان مسلّطا علی ما انتقل إلیه فالتسلّط علیه ملازم لثبوت الخیار و الوکیل المذکور اجنبیّ عن هذه السّلطنه فانّه لم یکن ممّن یجب علیه الوفاء و اذا کان اجنبیّا عمّن له السّلطنه علی ما انتقل إلیه لم یکن له فسخ العقد بالخیار فادلّه الخیار و ان لم تکن متوجّهه الی من له التّسلط علی ما انتقل إلیه و لم یکن مفادها اثبات حقّ و سلطنه علی العین المنتقله الی الاخر و کان الخیار راجعا الی العقد الّا انّ من وجب علیه الوفاء لمّا کان هو المسلّط علی ما انتقل إلیه و ادلّه الخیار اثبتت جواز فسخ العقد لمن وجب علیه الوفاء به لولاها کان لازم مفادها هو اثبات حقّ و سلطنه لکلّ من المتعاقدین علی ما انتقل الی الاخر بسبب الخیار و جواز فسخ العقد بعد الفراغ عن السّلطنه علی ما انتقل إلیه

قوله (و ان لم یکن من تعارض

المطلق و المقیّد)

و ذلک لانّ مجرّد الاقتران بین خیار المجلس و خیار الحیوان لیس دلیلا علی انّ خیار المجلس أیضا لیس للوکیل فی اجراء الصّیغه حتّی یعارض اخبار هذا الخیار المطلقه و فسّر السیّد الطّباطبائی ره هذه العباره فی حاشیته بما هذا لفظه و ذلک لتعدّد المورد فانّ خیار الحیوان لا دخل له بخیار المجلس فلا ینافی کون الاوّل خاصّا و الثّانی عامّا ه و یمکن ارجاعه الی ما ذکرنا

قوله فقد یتحقّق فی عقد واحد الخیار لاشخاص کثیره)

کما لو تعدّد الوکلاء من جانب واحد و کان وکاله کلّ منهم علی نحو الاستقلال فی التصرّف او وکّلوا جمیعا غیرهم علی خصوص ایقاع الصّیغه فانّ الخیار ثابت للمالک مع حضوره قطعا و یثبت خیار واحد من حیث النّیابه لجمیع الوکلاء المذکورین غیر الموقع للصّیغه و فرق بین الثّابت من الخیار لکلّ من المالک و الوکیل و الثّابت منه للوکلاء ستطّلع علیه و لو کانوا وکلاء مترتّبین فی الوکاله کوکیل الوکیل فالظّاهر عدم الخیار الّا للمالک الحاضر فی مجلس العقد و المباشر للعقد اذا کان مستقلّا فی التصرّف و ذلک لعدم صدق البیّع بالمعنی الّذی عرفت علی غیرهما فلا تذهل

قوله (فی مجلس العقد وجوه أقواها الاخیر)

اعلم انّ لکلّ من المالک و وکیله المطلق خیارا مستقلّا و ذلک لانّ الظّاهر من البیّع الجنس و یصدق البیّع علی کلّ منهما و اذا کان الخیار ثابتا لکلّ منهما من حیث انّه من مصادیق البیّع کان کلّ مفترق منهما یسقط خیاره فی حقّه و یبقی خیار الاخر فکما انّ کلّا من البائع و المشتری یکون له الخیار فکذلک یکون لکلّ من وکیلیهما فکلّ منهم یکون بیّع و له الخیار ما لم یفترق غایه الامر انّ خیار البائع و المشتری یکون من باب تعدّد السّبب بخلاف المالک و وکیله فانّ خیار کلّ و ان کان مستقلّا لصدق البیّع علیه الّا انّه من باب وحده السّبب لانّ خیار الوکیل من حیث النّیابه و بالجمله فیکفی بقاء اصیل مع وکیل اخر فی مجلس العقد و بما ذکرنا صرّح جماعه منهم ثانی الشّهیدین فی لک و ان نوقش فیما ذکرنا من کون خیار کلّ من الاصیل و وکیله خیارا مستقلّا و ان کان من حیث النّیابه و کان الخیار من کلّ جانب واحدا کان الاقوی أیضا کفایه بقاء اصیل مع وکیل آخر فی مجلس العقد و لا یسقط الّا بافتراق الاصیل و وکیله عن مجلس العقد فمن جانب البائع لا یسقط الّا بافتراق کلّ من له خیار البائع و من جانب المشتری لا یسقط أیضا الّا بافتراق کلّ من له خیار المشتری و ذلک لما مرّ من صدق البیّع علی کلّ من الاصیل و وکیله فلا یسقط الخیار الثّابت من جانبهما الّا بافتراقهما معا و قد علم ممّا ذکر تمامیّه

ما افاده قدّس سرّه من ترجيح ثبوت الخيار للاصيل مع حضوره سواء ثبت للوكيل أم لا و قد اعترض على هذا فى الحاشيه التّقريريّه بما هذا لفظه لا يخفى انّ كفايه بقاء اصيل مع وكيل اخر فى مجلس العقد مع اعتباره قدّس سرّه حضور الموكّلين فى المجلس متنافيان و ذلك لانّه لو لم يعتبر استدامه الحضور ممّن له الخيار لم يعتبر فى الابتداء أيضا لانّ استفاده الاجتماع فى المجلس انّما هو من قوله (ص) ما لم يفترقا فلو صدق عدم تفرّق الموكّل ببقاء وكيله فى المجلس صدق اجتماعه أيضا ابتداء و ان لم يكن نفس الموكّل حاضرا فى المجلس رأسا لانّ عدم صدق تفرّقه ليس الّا انّ الوكيل هو الموكّل تنزيلا فاذا كان كذلك فلا يعتبر حضوره اصلا الى ان قال لو كان الوكيلان وكيلين مفوّضين مستقلّين فيكفى عدم تفرّقهما لثبوت الخيار للموكّلين و لو لم يجتمعا اصلا و ذلك لما عرفت من انّ الحقّ الثّابت للوكيلين انّما هو لانّهما بدلا تنزيلين للموكّلين و لانّ البائع فى الحقيقه هو الموكّلين لانّ البيّع كسائر المشتقّات كقوله باع فلان داره موضوع لمن انتقل عنه المال و المنتقل عنه المال هو المالك لا الوكيل فليس للوكيل حقّ فى عرض حقّ الموكّل و انّما حقّه من شئون حقّ المالك و من حيث انّه نازل منزلته فاذا كان المالك هو البيّع و كان اجتماع الوكيل بمنزله اجتماع المالك فلا يعتبر حضور المالك اصلا انتهى و يدفعه ما عرفت من ثبوت الخيار لكلّ من المالك و وكيله من حيث صدق البيّع على كلّ منهما و على فرض تسليم انّ خيارهما من جهه كون الوكيل نائبا خيار واحد فثبوته للموكّل مع عدم حضوره دونه خرط القتاد لوضوح اقتضاء الافتراق فى الخبر اجتماعا فى المجلس فكون الحقّ الثّابت للوكيل انّما هو لكونه مالكا تنزيلا بعد الغضّ عن انّ التّنزيل و النّيابه لا يمنع عن صدق البيّع على كلّ منهما لا يدلّ على ثبوت الحقّ للمالك و ان كان غائبا و كفايه بقاء الوكيل فى المجلس فى بقاء الخيار ليس من حيث صدق عدم تفرّق الموكّل ببقاء وكيله حتّى يرد ما قاله من لزوم صدق اجتماع الموكّل ابتداء و ان لم يكن بنفسه حاضرا بل من حيث عدم صدق تفرّق البيّع و بالجمله فالتّنزيل و النّيابه اجنبيّ عن شرطيّه الحضور فى ثبوت الخيار و فى حاشيه السيّد ره الاقوى انّه يكفى فى سقوط الخيار تفرّق احد الشّخصين الوكيل او الموكّل و ذلك لانّ الظّاهر انّ الحكم معلّق على صدق التفرّق لا على صدق عدم التفرّق و المفروض صدقه و ان كان يصدق عدم التفرّق أيضا مع بقاء اصيل او وكيل ه و فيه انّ اثبات الخيار لكلّ منهما لمّا كان من جهه انّ الظّاهر من البيّع الجنس كما اعترف به أيضا توقّف زوال الخيار على

افتراق الجنس فما دام احد افراد الجنس من كلّ طرف موجودا يصدق عدم افتراق جنس البيّعين و لا اشكال فى ظهور النّص فى انّ الخيار معلّق على عدم التفرّق و قد عرفت انّ كلّ مفترق يسقط خياره فى حقّه دون الاخر و لو تعدّد الوكلاء من جانب واحد و اوقع الجميع الصّيغه دفعه واحده او وكّلوا جميعا غيرهم على خصوص ايقاع الصّيغه فقد عرفت ان ليس فى الفرضين لغير الاصيل الّا خيار واحد و هل حكمه فى سقوط الخيار كحكم الاصيل و وكيله حيث يسقط خيار كلّ بافتراقه الظّاهر انّه يكفى أيضا بقاء اصيل مع وكيل آخر لكن لا من حيث التّوزيع فى الخيار و سقوط خيار كلّ بافتراقه و ذلک لعدم الدّليل على التّوزيع بعد كونه خيارا واحدا بل من حيث عدم صدق التفرّق مع بقاء واحد منهم فلا يسقط الخيار الّا بافتراق الجميع و احتمل بعض وجهين آخرين الاوّل سقوط الخيار و لو بافتراق واحد منهم لانتفاء الهيئه الاجتماعيّه بافتراقه و المفروض انّ البيع صدر من الجميع و قد افترق الجميع لانتفاء الكلّ بانتفاء بعض اجزائه الثّانى سقوطه بافتراق الاغلب كما فى افتراق كلّ جمع كعسكر و نحوه حيث يصدق الافتراق بذهاب الاكثر و الاقوى ما تقدّم ثمّ انّ ما ذكرنا بناء على القول بصحّه صدور العقد الواحد من الوكلاء المتعدّدين دفعه واحده للعمومات و كون المؤثّر فى النّقل عبائر الجميع و امّا مع المنع عن ذلک مستدلّا بانّ اكثر العمومات شمولها بالإطلاق و هى منصرفه عن مثل الفرض لعدم كونه من العقود المتعارفه او المنع عن كون المؤثّر فى النّقل عقد الجميع بل النّاقل عقد واحد من تلک العقود الواقعه و ان جهلنا شخصه و لم نعلمه بعينه او انّه الاحد الكلّى منها فمن الواضح انّه ح اجنبىّ عن الاحتمالات المذكوره اذ على الاوّل لا صحّه فلا خيار حتّى يبحث عن سقوطه و على الثّانى فالسّقوط موقوف على افتراق العاقد المجهول شخصه و لا يعلم ذلک الّا بافتراق الجميع و لا يكون افتراقهم مسقطا بنفسه بل يكون كاشفا عن تحقّق المسقط و لا بدّ ان يعلم انّه و ان لم يعلم سقوط الخيار الّا بافتراقهم اجمع الّا انّ بافتراق واحد منهم لا يحكم بثبوت الخيار للباقى و توهّم استصحاب الخيار بزعم انّه من استصحاب القسم الثّانى من استصحاب الكلّى فى غير محلّه لانّه يكون من استصحاب الفرد المردّد لا الكلّى كما لا يخفى مع انّه لو كان منه لكان ينفع فى ترتيب آثار الكلّى لا فى تعيين ذى الخيار فى الباقى

قوله (و الظّاهر ح عدم الخيار للوكيل)

قال السيّد المحشّى ره قد اشرنا انّ التّحقيق ثبوته لانّ المدار على مالكيّه امر العقد لا مالكيّه التصرّف فى المال ه و بالتأمّل فيما افاده المصنّف طاب ثراه و ما قدّمنا فى توضيحه يظهر انّ المدار على

مالكيّه التصرّف فى المال لانّ عقد الحمل فى النصّ لا يمكن شموله لغير من يجب عليه الوفاء و الخيار و ان كان راجعا الى العقد الّا انّ من وجب عليه الوفاء ليس الّا من كان مسلّطا على ما انتقل إليه فراجع

قوله (نعم يمكن توكيله فى الفسخ)

و الفرق امكان سلب الوكاله عن الوكيل قبل تصرّفه بخلاف تفويض الامر الى الغير بحيث يصير ذا حقّ خياريّ فانّ على فرض صحّته لا يمكن سلبه عمّن فوّض إليه

قوله (لانّ البيع النّقل و لا نقل هنا كما قيل)

هو صاحب الجواهر فانّه علّل عدم الخيار بعدم صدق المتبايعين على الفضوليّين لانّ البيع النّقل و لا نقل هنا

قوله (فحوى ما تقدّم من عدم ثبوته الخ)

وجه الاولويّه هو وجود الاذن فى الوكيل و الاعتراض على التمسّك بالفحوى بانّه انّما يتمشّى فيما اذا ثبت حكم فى الاصل بالنصّ فيتعدّى منه الى الفرع بالاولويّه كما ترى و قد عرفت انّ المراد من البيّعين من بيده سلطان العقد و حلّه و عليه فالحقّ ان يقال انّ المالكين ان حضرا مجلس العقد و اجازا فى المجلس كان لهما الخيار و ان لم يحضرا و حضرا فى مجلس الاجازه كان لهما أيضا سواء كانت الاجازه ناقله او كاشفه و من دون فرق على القول بالنّقل بين كون الاجازه هى سبب النّقل و العقد شرطا او كون كلّ منهما جزء للسّبب او كون الاجازه شرطا لحصول النّقل و انّ النّاقل هو نفس العقد لكن عند حصول شرطه كما فى الصّرف و احتمال خصوصيّه الاجتماع حال العقد ضعيف فى الغايه بعد تبادر ما عرفت من المعنى من الحديث و صدق البيّع عليه لغه و عرفا فيشمل المالك و الوليّ و الوصيّ حال الاجازه و الوكيل المطلق و لا يصدق البيّع على غيرهم و ان لم يجتمعا لا فى مجلس العقد و لا فى الاجازه فلا خيار

[مسأله هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحدا؟]

قوله (عن نفسه او غيره)

يتعلّقان بغيره بان يبيع مال نفسه لغيره او مال غيره لغيره فصور المجموع ثلاثه

قوله (ولايه او وكاله

قيدان للغيرين

قوله (فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقّق

يستفاد من مجموع كلامه انّ ما يستدلّ به على المشهور يرجع الى امرين الاوّل انّ الظّاهر من قوله (ع) البيّعان بالخيار هو بيان حكم كلّ من البائع و المشترى كسائر احكامهما الثّابته لهما من حيث كونهما متبايعين الثّانى انّ جعل الغايه التفرّق المستلزم للتعدّد مبنىّ على الغالب و ليس قيدا للحكم و انّما الغرض انّ الخيار ثابت للبيّعين ما داما غير متفرّقين و يكون افتراقهما مسقطا و استدلّ القائلون بعدم الخيار أيضا الى الفقرتين مدّعين كون الموضوع و هو البيّعان ظاهرا فى التعدّد و كون الغايه قيدا للحكم و الخيار مختصّ بما يمكن فيه الاجتماع و

الافتراق و الاولى التوقّف لانّ دعوى كون الموضوع بنفسه من دون نظر الى الذّيل ظاهرا فى التعدّد فمندفع بشمول اطلاق الموضوع للعاقد الواحد لانّه اذا ثبت حكم الخيار للبائع يحكم بسبب اطلاقه انّ هذا ثابت له سواء كان مشتريا أيضا أم لا و كذا اذا ثبت للمشترى فهو ثابت له سواء كان بايعا أيضا أم لا مضافا الى استقرار سائر احكام المتبايعين و امّا كون الغايه قيدا للحكم نظير قوله كل حتّى تشبع او بيانا للمسقط نظير قوله اكرم زيدا الى ان يفسق فمحلّ توقّف

قوله (و منه يظهر سقوط القول بانّ كلمه حتّى الخ)

فانّ دخولها على المستحيل انّما يكون فى مقام يراد استمرار المغيّى او استحاله عدمه كقوله تع و لا يدخلون الجنّه حتّى يلج الجمل فى سمّ الخياط و حديث البيّعان ليس من هذا القبيل

قوله (ثمّ لو قلنا بالخيار فالظّاهر بقائه)

و هنا احتمالان آخران الاوّل بقائه الى مفارقه العاقد مجلس العقد الثّانى بقائه الى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين فيلاحظ اطول المجالس نوعا و الاحتمال الاوّل كانّه اقوى من الثّانى و ممّا فى المتن فانّ المنصوص و ان كان هو الاعتبار بافتراق المتعاقدين الّا انّه حيث لا يمكن مفارقه الشّخص نفسه كان مفارقته لمجلس العقد اقرب لمفارقه احدهما الآخر و القياس بصوره التعدّد حيث يبقى الخيار لو خرجا مصطحبين الى ان يتفرّقا كما ترى

[مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار:]

قوله (منها من ينعتق على احد المتبايعين)

امّا الانعتاق على المشترى فواضح و امّا الانعتاق على البائع ففيما كان ثمن المبيع من ينعتق عليه

قوله (و احتمل فى س ثبوت الخيار للبائع)

اى بالنّسبه الى العين

قوله (و لا دليل على زواله)

اى الانعتاق

قوله (مبنىّ على تزلزل العقد)

صفه لاحتمال

قوله (و بالاجماع على عدم امكان زوال يد البائع)

لم يفهم لهـذه العبـاره معنى محصّل فانّ مراده من العوضـين امّا العين و القيمه و امّا العبـد و ثمنه و على ایّ منهما لا محصّل له اذ على تقدير عدم الفسخ فله الثّمن و على تقدير الفسخ فله القيمه

قوله (لانّه لا يسقط به اذا ثبت قبله)

تعليل لعـدم الدّفع و وجه الامر بالتّأمّل هو انّه لا جهه لاعتبار قابليّه العين للبقاء مع اطلاق الادلّه و تعلّق الخيار بالعقد للتروّی و هذا لا ينافی عدم بقاء العين و الرّجوع بالقيمه نعم لو قلنا بانّ الخيار حقّ يتعلّق بالعين فله وجه و يحتمل ان يكون إشاره الى انّه لو سلّم اعتبار قابليّه العين للبقاء بعـد العقـد فهذا لا يوجب سـقوط الخيار رأسا حتّى فی الزّمان المتّصل بالعقد بحيث لا يعدّ المبيع تالفا و خارجا عن ماليّته و انّما يكون عدم القابليّه مانعا عن بقاء الخيار الى آخر المجلس ثمّ انّه قد عدّ من

المستثنيات موارد اخر لا بأس بالاشاره إليها منها بيع الوقف فی مورد جوازه فانّ بدل الوقف وقف امّا قهرا او بعد ایجاد السّبب و ثبوت الخیار یستلزم عود الوقف ملکا کذا قیل و لکن ذکر المصنّف فیما تقدّم انّ بدل الوقف لیس مثل الاصل ممنوعا عن بیعه الّا لعذر لانّ ذلک کان حکما من احکام الوقف الابتدائی و علی تقدیر المنع فما قیل حسن بالنّسبه الی العین و امّا ثبوت الخیار بالنّسبه الی القیمه فلا مانع منه و منها ما لو قهر حربیّ قریبه و باعه من مسلم بناء علی عدم الفرق فی سببیّه القهر للملک بین کون القاهر کافرا او مسلما حیث حکموا بسقوط الخیار علی تقدیر صحّه البیع و لکنّ الصحّه محلّ اشکال و المنشأ کما عن عد دوام القهر المبطل للعتق لو فرض و دوام القرابه الرّافعه للملک بالقهر و تفصیل المسأله مذکور فی محلّه و منها منذور البیع حیث نقل عن بعض سقوط الخیار فیه و هو مبنیّ علی ان یکون المراد نذر النّتیجه ای صیرورته ملکا للمشتری و امّا علی تقدیر نذر السّبب فالمتعلّق ایجاد البیع علی ما هو علیه من احکامه و لوازمه و منها ثبوت الخیار و منها البیع فی المخمصه فانّهم حکموا بسقوط خیار المجلس عن البائع مستدلّین بانّ ثبوته ینافی وجوب البیع علیه و ردّ بمنع وجوب البیع علیه بل الواجب سدّ الخلّه و لا ضیر فی فسخ البائع اذا اراد ان یتصدّق بالمبیع او یهبه مثلا و منها بیع المحتکر حیث یجبر علیه و هو ثلاثه ایّام فی الغلاء و اربعین فی الخصب فحکموا بعدم الخیار له لمنافاته لغرض الاجبار و ردّ بمنع وجوب البیع و انّما الواجب و ما یجبر علیه هو رفع الحبس و ارسال الطّعام و لا منافاه بینه و بین ثبوت الخیار و منها لو مات رجل و له ولد مملوک للغیر فقد حکموا بوجوب شرائه لیرث اباه و ینعتق من نصیبه و قالوا انّ ثبوت الخیار نقض للغرض من بیعه و هو تخلیص رقبته عن الرقیّه و استنقاذ حقّه من الارث

[مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شى ءٍ من العقود سوى البيع عند علمائنا]

قوله (لا یثبت خیار المجلس فی شی ء من العقود)

و ذلک لاختصاص ادلّته بالبیع و امّا العقود الجائزه فلا معنی للخیار فیها لانّ ظاهر ادلّه الخیار اثبات سلطنه المختار علی الفسخ فی عقد لم یکن له ذلک مع قطع النّظر عن الخیار و هذا کان حاصلا فی العقد الجائز فانّه یجوز فسخه و هدمه من دون حاجه الی ثبوت الخیار و ان شئت قلت انّ الخیار لا یصحّ الّا فی مورد لو لاه لکان لازما باصل الشّرع

فان قلت کیف یصحّ اجتماع خیارین او اکثر فی مورد واحد مع انّه لو لم یکن احدهما ثابتا کان للمختار الفسخ لثبوت الاخر و ما جهه الفرق بینه و بین ثبوت الفسخ من جهه الجواز و الخیار

قلت قد اشرنا الی انّ معنی الخیار هو انّه لو لاه لزم العقد بحسب اصل الشّرع من جهه هذا الخیار فلا ینافی عدم اللّزوم من جهه خیار اخر فادلّه

الخیار لا ینفی اجتماع اکثر من خیار واحد و هذا بخلاف العقد الجائز ذاتا فانّه لا یمکن شمول ادلّه الخیار له لانّه تحصیل للحاصل مطلقا و لیس فیه حیثیّه جهه

فان قلت انّ ثبوت السّلطنه علی الفسخ سواء کان من جهه جواز العقد او من جهه الخیار انّما یکون بسبب شرعیّ و ذلک لیس کالسّبب العقلی حیث یمتنع اجتماع سببین علی مسبّب واحد فانّ الاسباب الشّرعیّه عندهم معرّفات و لیست بمؤثّرات و لا یرون بأسا فی اجتماع سببین اذا کانا شرعیّین

قلت ثبوت الخیار فی العقد اللّازم انّما یکون بسبب شرعیّ مجعول لاحق لاصل اقتضاء العقد و لاجل ذلک لا مانع من اجتماع خیارین و امّا ثبوت الجواز فی العقد الجائز فلیس ذلک بسبب مجعول کذلک بل هو ثابت باصل جعل العقد و لا اقتضاء فیه للّزوم ذاتا و اذا کان کذلک فکیف یصحّ لحوق الخیار له

قوله (یشهد بعدم ارادته هذا المعنی)

لا یخفی انّ التّوجیه المحکیّ عن الشّهید فی س هو ان یکون مراد الشّیخ من خیار المجلس فی العقود الجائزه نفی جواز التصرّف فی المال ما دام الموکّل او المضارب او المودع مثلا فی المجلس لا اثبات اصل الخیار فیها و انت خبیر بانّ تصریح الشّیخ فی مواضع قبل هذا الکلام و بعده باختصاص خیار المجلس بالبیع لا یشهد بعدم ارادته هذا المعنی و الاولی فی الجواب عن هذا التّوجیه ان یق هو ضعیف جدّا احتمالا و محتملا امّا الاوّل فلظهور انّ جواز التصرّف غیر الخیار و السّلطنه علی الفسخ و لا جهه لحمل الخیار فی کلامه علی جواز التصرّف هذا مضافا الی ما فی المتن من انّه لا معنی لتوقّف جواز تصرّف المالک فی هذه العقود علی انقضاء الخیار و امّا الثّانی فلمنع توقّف جواز تصرّف الوکیل و المقترض و المضارب فی الوکاله و القراض و المضاربه و امثالها علی انقضاء مدّه الخیار لعدم الدّلیل علیه اصلا و امّا الودیعه فلا اختصاص لعدم جواز التصرّف فیها بالمجلس اذ لیس له التصرّف مط الّا اذا اذن له صاحبه

قوله (فتنفسخ بفسخه فی المجلس)

فانّ الوکاله لمّا وقعت بنحو النّتیجه شرطا فی البیع فلا محاله تنفسخ بفسخه تبعا و یعترف المصنّف ره بانّ هذا المعنی و ان کان بعیدا فی نفسه لانّه ح یکون من الخیار فی البیع لا الوکاله الّا انّ ملاحظه کلمات الشّیخ حتّی فی هذا المقام حیث صرّح فی ط فی مواضع قبل هذا الکلام و بعده باختصاص خیار المجلس بالبیع یقرّبه الی الذّهن صونا لکلامه عن التّناقض و قد یجمع بین کلامی الشّیخ بوجهین آخرین غیر ما احتمله فی س و ما ذکره المصنّف الاوّل ان یکون المراد من دخول الخیار فی العقود الجائزه هو الخیار العامّ و جواز الفسخ فی کلّ وقت الّذی هو اثر جواز العقد فهو خیار فی المجلس لا خیار المجلس المشروط بشروط خاصّه

فیحمل کلام الشّیخ علی ما صرّح به ابن ادریس فی ئر و یضعّفه انّ هذا المعنی لا یختصّ بالوکاله و الودیعه و العاریه و القراض و الجعاله المذکوره فی کلام الشّیخ بل یجری فی جمیع العقود الجائزه مضافا الی انّ ظاهر کلامه هو اختصاص الخیار بمقدار زمان المجلس او الشّرط مع انّ الخیار بالمعنی العامّ ثابت فی کلّ وقت الثّانی ان یحمل کلامه فی ثبوت الخیارین فی العقود المذکوره علی ما لو عرض مانع عن الفسخ بالجواز الذاتیّ کما اذا نذر ان لا یفسخ العقد کذلک حیث کان فی عدم الفسخ رجحان ففی هذه الصّوره لیس له الفسخ بسبب الجواز الذّاتی و له ذلک بالخیار و یضعّفه أوّلا انّ النّذر لا یفید وجوب العقد الجائز و لزومه و لا ینقلب عمّا هو مقتضاه ذاتا و جعلا و انّما یفید حصول الحنث بالمخالفه و ثبوت الکفّاره نعم اذا تعلّق النّذر بفعل واجب فلا بأس باشتداد الوجوب فیه بسبب تعلّق النّذر و هذا بخلاف الجواز فانّ النّذر لا یقلّبه عمّا هو علیه و ثانیا انّ الکلام لیس فی وجود الثّمره فی ثبوت الخیار فی العقد الجائز و عدمه حتّی یمکن تصویرها فی صوره النّذر بل المقصود انّ غایه ما یستفاد من ادلّه الخیار هو اثبات سلطنه لذی الخیار علی الفسخ و هذا الامر ثابت بنفسه فی العقد الجائز فلا یشمله ادلّه الخیار فالعقد الجائز خارج عن موضوع ادلّه الخیار رأسا و النّذر الواقع لا یصحّح تعلّق الخیار به فتدبّر

قوله (و هو محتمل کلام الشّیخ فتأمّل)

یحتمل ان یکون إشاره الی تضعیف هذا الاحتمال بما مرّ و یحتمل ان یکون إشاره الی الدقّه فی ترجیح احد الوجوه المذکوره

[مسأله مبدأ هذا الخیار من حین العقد]

قوله (و لا اشکال فیه لو قلنا بوجوب التّقابض فی المجلس

توضیح الکلام یتمّ بذکر امور الاوّل لا خلاف فی انّ التّقابض فی المجلس شرط فی الصّرف و السّلم و خلاف البعض فی کلّ منهما متروک عند اصحابنا لا یلتفت إلیه فلو افترقا قبل التّقابض بطل فیهما و المراد من المجلس الّذی یعتبر فیه القبض فیهما لیس خصوص مجلس العقد کما فی خیار المجلس بل المراد عدم تفرّقهما عن الآخر فلو فارقا المجلس مصطحبین قبل ان یتقابضا لم یبطل العقد بلا خلاف و هو المستفاد من النّصوص خصوصا قوله (ع) و ان نزی حائطا فانز معه الثّانی المشهور شرطیّه القبض قبل التفرّق بالنّسبه الی العوضین فی الصّرف و الی العوض فی السّلم من دون وجوبه تکلیفا و ذهب بعضهم الی وجوبه التّکلیفی أیضا فکلّ من قال فی شیء من الموضعین بالوجوب التّکلیفی قال بالوجوب الشّرطی و لا عکس و ممّن ینسب إلیه الوجوب التّکلیفی فی الصّرف الشّیخ فی ط و الفاضل فی کره و ابن ادریس فی ئر

و هو ظاهر ما يحكيه فى المتن من عباره كره و صريح صدر عباره س و ظاهر العلّامه فى كره أيضا الوجوب التّكليفى فى السّلم و الانصاف انّ ظاهر النّصوص الوارده فى الصّرف هو الارشاد الى شرطيّه التّقابض و فساد العقد بالاخلال به الى حال التفرّق كظهور الاوامر و النّواهى فى إراده الارشاد الى ما يقتضى الصحّه و الفساد الوارده فى غيره ممّا اتّفقوا عليه و المناقشه فى سند بعضها او دلاله بعضها الاخر مردوده خصوصا بعد الاعتضاد و الانجبار بفتاوى الاصحاب و الشّهره المحقّقه فلا اشكال فى انّ التّقابض قبل الافتراق شرط فى الصحّه و قبله لا صحّه و لا انتقال و بهذه النّصوص يخرج عن اصاله الصحّه فى العقود و قاعده اقتضاء العقد الملك و امّا فى باب السّلم فقيام الاجماع على مجرّد شرطيّه التّقابض مع اصاله عدم امر آخر واضح و تمسّك العلّامه ره لوجوب التّقابض شرعا بامرين الاوّل ما يختصّ بالصّرف قال فى التّذكره لو تعذّر عليهما التّقابض فى المجلس و ارادا الافتراق لزمهما ان يتفاسخا العقد بينهما فان تفرّقا قبله كان ذلك ربا و جرى مجرى بيع مال الرّبا بعضه ببعض نسيه و لا يغنى تفرّقهما لانّ فساد العقد انّما يكون به شرعا كما انّ العقد مع التّفاضل فاسد و يأثمان به ه و صريحه كما ترى الجزم بوجوب التّقابض و الاثم بتركه اختيارا و جعل قبض احدهما بدون قبض الاخر بمنزله الرّباء من جهه اشتمال المقبوض من حيث حصوله بيد القابض على الفضل على غير المقبوض من جهه عدم حصوله فى يد من اريد انتقاله إليه حتّى اوجب عليهما التّقايل و التّفاسخ قبل التفرّق لو تعذّر عليهما التّقابض فانّ بطلانه لا يغنى عن الاثم به و فيه انّ بيع الجنس بالجنس نسيه انّما يستلزم الرّباء و يحرم اذا كان الزّمان ممّا له قسط من الثّمن و امّا الزّمان القصير الّذى لا يقابل بمال عرفا فليس بيع الرّبوى بمثله مؤجّلا بذلك الاجل ربا لعدم الزّياده فى احد الطّرفين حتّى يكون ربا و المطلوب انّما هو اثبات وجوب التّقابض شرعا فى الصّرف قبل التفرّق و لو بخطوتين و من المعلوم انّ زمان الافتراق بخطوتين لا يقابل بمال فلا يكون ربا نعم اذا كان الزّمان طويلا يقابل بمال عاده فلا بأس بحرمه الافتراق قبل التّقابض فالدّليل اخصّ من المدّعى بل يمكن دعوى نفى الحرمه فيما وقعت المعامله نقديّه و تاخّر الاقباض من احد المتبايعين و لو بزمان طويل و اختصاصها بصوره اشتراط التّأجيل مضافا الى انّ الرّبا على فرض لزومه انّما يجرى فى متحدى الجنس بان يكون كلّ من العوضين ذهبا او فضّه و لا مانع من التّفاضل اذا كانا من جنسين كبيع الذّهب بالفضّه و المدّعى اعمّ أيضا مع انّ

حرمه بیع الرّبوی بالتّفاضل انّما یکون من اجل کون المعامله ربویّه و المفروض انّ التّقابض شرط فی صحّه المعامله و مع عدمه یکون العقد فاسدا و لا بیع حتّی یکون ربویّا و الثّانی ما یکون مشترکا بین الصّرف و السّلم و هو وجوب الوفاء بالعقود و فیه انّ المحرّم ترک الوفاء بالعقد بعد استجماعه لشروط الصحّه و مع التفرّق بدون التّقابض لا عقد حتّی یجب الوفاء به لانّ المشروط عدم عند عدم شرطه بل لا یمکن ان یکون دلیل الوفاء ناظرا الی وجوب ایجاد شرط الصحّه و حرمه ترکه لوضوح انّ مرجعه الی وجوب ایجاد العقد و لعمری انّ هذا واضح بناء علی کون التّقابض شرطا لصحّه العقد و لو قلنا بانّه شرط لتأثیر العقد الملک فحصوله یکشف عن حصول الملک من زمان العقد و عدمه کذلک نحو القول فی اجازه الفضولی بناء علی الکشف من غیر فرق بین اقسام الکشف من کون الشّرط فی النّقل و حصول الملکیه هو تعقّب الاجازه او هی بوجودها المستقبلی او کون الاجازه المتأخّره شرطا لکون العقد السّابق بنفسه مؤثّرا تامّا و الوجه فی الجمیع انّ العقد مشروط و کیف یمکن الحکم بوجوب الوفاء به مع عدم تحقّق شرطه بل فی الحقیقه لیس الامر بالوفاء من الشّارع الّا جعل الملکیه و تحقّق موضوع العقد غیر کاف فی اثبات وجوب الوفاء ما لم یوجد تمام السّبب نعم لو علم بحصول التّقابض فیما بعد کان لوجوب الوفاء بالعقد وجه بناء علی هذا القول مع انّ هذا القول و هو کون التّقابض شرطا لتأثیر العقد الملک و حصوله یکشف عن حصول الملک من زمان العقد منظور فیه لظهور مخالفته لادلّه اشتراط التّقابض و ظاهر کلمات الاصحاب و لیس المقام من الشّرائط المتاخّره عن زمن وصف الصحّه کغسل المستحاضه بعد تمام الصّیام حتّی یلتزم بکونه کاشفا و ذلک لامکان توقّف صحّه العقد علی التّقابض الی زمان حصوله فی المقام فلا ضروره تقتضی علی حمل وجود الشّرط کاشفا و الحکم بتسبیب العقد للملکیه من حینه بل لو قلنا بانّ المراد من الصحّه الّتی یکون التّقابض شرطا لها هو اللّزوم فالملک یحصل بالعقد و یستقرّ بالقبض فمتی افترقا قبله بطل من حینه کما هو ظاهر الفاضل فی کره أیضا فانّه بعد ان ذکر فی باب السّلم نحو ما فی عباره الاصحاب من انّه یشترط فیه قبض الثّمن فی المجلس و خصّ معقد اجماعه بالبطلان مع التفرّق قبله قال مسئله و لا یشترط استمرار قبض الثّمن فلو سلّمه المشتری الی البائع ثمّ ردّه البائع إلیه و دفعه إلیه قبل التفرّق جاز و لو ردّه علیه بدین کان له علیه قبل التفرّق صحّ لانّه ملکه بالعقد و استقرّ ملکه بالقبض ه

لم يكن للاستدلال بوجوب الوفاء على الوجوب التّكليفى وجه لانّ العقد و حصول الملك ح و ان كانا قبل التّقابض الّا انّ الفرض انّ العقد غير لازم و العقد الغير اللّازم كيف يمكن القول بوجوب ايجاد شرط لزومه و معنى كونه غير لازم انّه يجوز نقضه فانّه يكون كالفسخ بالخيار مع انّ هذا القول منظور فيه أيضا لانّه خلاف ظواهر النّصوص و الفتاوى فانّ الظّاهر منها توقّف الملك على التّقابض نقلا و قبله لا ملك و الحاصل لا وجه للتمسّک بوجوب الوفاء بالعقد لوجوب التّقابض تكليفا مط فانّ الملك الشّرعى يتبع الحكم الشّرعى و المفروض انّ الملكيّه تحصل بالتّقابض و كيف يكون وجوب الوفاء قبلها بل عرفت انّ الامر بالوفاء من الشّارع ليس حقيقته الّا جعل الملكيّه لانّه بمعنى العمل بمقتضى العقد و هل مقتضاه الّا الملكيّه فمعنى وجوب الوفاء هو الحكم بترتّب آثار الملكيّه و معه كيف يعقل التّفكيک ثمّ انّ ظاهر الحاشيه التّقريريّه لبحث الاستاد ره تأييد كلام العلّامه فى وجوب التّقابض تكليفيّا و صحّه التمسّک بدليل وجوب الوفاء بالعقود لذلک فانّه قال التّخصيص الوارد على العقود اللّازمه قد يرد على جميع آثارها و قد يرد على بعضها فمن الاوّل الخيار و من الثّانى القبض فى الصّرف و السّلم الى ان قال و بالجمله دليل الخيار ناظر الى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و العقد المتضمّن للشّرائط الضمنيّه الّتى منها التّسليم و التسلّم اذا خصّص بدليل الخيار لا يجب الوفاء به فى زمان الخيار بالنّسبه الى التّسليم و التسلّم أيضا لحكومه دليل الخيار على مثل النّاس مسلّطون الى ان قال و امّا دليل اعتبار القبض فى الصّرف و السّلم فليس ناظرا الى العقد بل القبض شرط للملك فلا ينافيه وجوب التّسليم و التسلّم ه و قد عرفت انّ المشروط عدم عند عدم شرطه ان كان القبض شرطا للصحّه بل ليس حقيقه الامر بالوفاء الّا جعل الملكيّه و ان كان شرطا للزوم العقد فلا يعقل ايجاب ايجاده و معنى العقد الغير اللّازم هو جواز نقضه

فان قلت انّ المتبايعين قد تعاهدا و التزما حين العقد بالنّقل و الانتقال حين العقد و شرطيّه التّقابض لحصول النّقل او لزوم العقد انّما هو من الشّارع فمضمون العقد بالنّسبه إليهما يصحّ تعلّق الوفاء به و اذا تعلّق وجوب الوفاء بالعقد الواقع منهما كان معناه البقاء على ما تعاهدا عليه و ايجاد ما جعله الشّارع شرطا

قلت اذا جعل الشّارع القبض شرطا كان معناه عدم تأثير نفس العقد فى ايجاد مضمون تمام المعاهده و انّما يتحقّق ذلک حين القبض و مع هذا كيف يصحّ حكم الشّارع بوجوب اتمام المعاهده بايجاد ما هو شرط له و ذهب بعض

المحشّين الى التّفصيل بين الصّرف و السّلم فاختار وجوب التّقابض شرعيّا و شرطيّا فى الصّرف مستدلّا بالاخبار الوارده فى المسأله لا على وجه يكون من باب استعمال اللّفظ فى المعنيين بل بدعوى انّها على قسمين احدهما ما هو ظاهر او نصّ فى الارشاد الى الشرطيّه مثل قوله (ع) فى صحيحه منصور بن حازم و ان نزى حائطا فانز معه فانّه لو كان المراد هو الوجوب الشّرعى لم يكن للامر بالنزو معه وجه لانّ التّارک للواجب ح انّما هو النّازى أوّلا كما لا يخفى و ثانيهما ما لم يظهر منه الارشاد و ح فما علم انّه للارشاد يحمل عليه و يحتجّ به للوجوب الشّرطى و ما لم يعلم منه ذلک فمقتضى القاعده حمله على الوجوب الشّرعى لانّ الحمل على الارشاد خلاف الاصل و لا يصار إليه الّا مع ظهور الخطاب فيه و هذا بخلاف السّلم فانّه لا خبر فيه يدلّ على اعتبار القبض قبل التفرّق و ما استدلّوا به لم يفد الّا الوجوب الشّرطى و فيه ما عرفت من ظهور الاوامر و النّواهى فى امثال المقام فى الصحّه و الفساد دون التّكليف و مع ذلک كلّه ينبغى مراعات الاحتياط فى البابين و ان كان الاقرب عدم الوجوب تكليفا الثّالث فى ثبوت خيار المجلس فى الصّرف و السّلم اشكال امّا قبل القبض فلانّ الخيار ملک فسخ العقد و قبل القبض فيهما لا ملكيّه على المشهور و لا لزوم على مختار بعضهم و قد اشار الى هذا الاشكال فى المتن و امّا بعده فلانّ ظاهر ادلّه الخيار ثبوته من حين العقد الى حصول الافتراق و حيث تعذّر ثبوته فى المبدأ فهو ساقط من اصله حيث لا دليل اخر يقتضى ثبوته فى زمان منفصل عن العقد و التّحقيق عدم الاشكال فى ثبوته قبل القبض لو قلنا بوجوب التّقابض وجوبا تكليفيّا لانّ ثمره الخيار ح جواز الفسخ فلا يجب التّقابض و قد يتوهّم انّ جريان الخيار لو كان متوقّفا على وجوب التّقابض لزم من وجوده عدمه فانّ مع جريانه لا يجب التّقابض و فيه انّ جريان الخيار و فسخ العقد يرفع وجوب التّقابض من حيث رفع موضوعه لانّ موضوع وجوب التّقابض هو العقد و بالخيار يرتفع العقد فلا يجب التّقابض فالتّقابض يجب فعلا ما دام العقد باقيا و لو مع ثبوت الخيار و بفسخ العقد بالخيار يرتفع الوجوب و ذلک كوجوب الصّوم فعلا على المكلّف الحاضر و يجوز له السّفر فيرتفع موضوع الوجوب و هو الحضور امّا لو قلنا بمجرّد كون الوجوب شرطيّا فالظّاهر انّه لا وجه لتعلّق الخيار بالعقد قبل القبض و ما فى المتن من انّه يمكن ان يكون اثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابليّه لحوق القبض المملّک الخ فيرد عليه نظير ما اسمعناک فى الجواب عن تعلّق الخيار بالعقود الجائزه لو نذر ان لا يفسخ العقد بالجواز الذاتىّ من انّ الكلام ليس فى وجود الثّمره فى ثبوت الخيار و عدمه حتّى

یمکن تصویرها بل المقصود انّ غایه ما یستفاد من ادلّه الخیار هو اثبات سلطنه لذی الخیار علی الفسخ فالخیار یتعلّق بالعقد الّذی لو لاـه لکان لازما و امّا الخیار بعـد القبض فالظّاهر ثبوته و الاشـکال غیر وارد لانّ ما دلّ علی ثبوت الخیار فی المجموع دلّ علی ثبوته فی کلّ جزء مع عدم المانع و المنع عنه فی جزء من الزّمان لا یوجب المنع مط

قوله (و ممّا ذکرنا یظهر الوجه فی کون مبدأ الخیار)

توضـیحه یتمّ بذکر امور الاوّل لمّا ذکر قدّس سـرّه انّ مبدأ خیار المجلس من حین العقد و فی ثبوته کذلک فی الصّرف و السّلم قبـل القبض مع عـدم القول بوجوبه تکلیفیّا خفاء یظهر منه الوجه فی کون مبـدأ الخیار للمالکین فی الفضولی من زمان الاجازه و لا یمکن ان یکون من حین العقـد و ان کانا حاضـرین حینه و ذلک لانّ قبل الاجازه لا یسـند العقـد إلیهما و لو علی الکشف بل عدم امکان ثبوته للمالک قبل الاجازه فی الفضولی اظهر منه فی الصّـرف و السّلم قبل القبض و ذلک لوقوع العقد و النّقل منهما غـایه الاـمر حکم الشّـارع بعـدم حصول مضـمونه من النّقـل او عـدم لزومه الّـا بعـد القبض و امّـا فی الفضولی فالعقـد اجنبیّ عن المالکین قبل الاجازه و مالکیّه الفسخ بالنّسبه إلیهما قبل الاجازه غیر معقوله و کما قال قدره فی عقد الصّرف و السّلم قبل القبض انّه یمکن ان یکون اثر الخیـار خروج العقـد بفسـخ ذی الخیـار عن قـابلیّه لحوق القبض المملّـک احتمـل هنـا أیضا ثبوت الخیار للمـالکین من زمان العقـد علی الکشف و لا یریـد من کلامه ذلک تصـحیح اسـناد العقـد إلیهما و تصویر مالکیّه الفسـخ بالنّسـبه إلیهما قبل الاجازه بل یریـد تصـحیح الخیار قبل الاجازه بعین ما ذکره هناک من رفع الصـحّه التّأهلیّه للعقد و قد اسـمعناک منعه الثّانی قـد عرفت سابقـا عـدم ثبوت خیـار المجلس للفضولیّین و الاشـکال فی ثبوته للمالکین و دفعه و انّ الحقّ ثبوته لهما و من اجل ذلک بنی المصـنّف کلامه فی المقام علی القول بثبوت الخیار لهما الثّالث انّه ره قیّد ثبوت الخیار لهما بما اذا کانا حاضرین فی مجلس العقد و قد عرفت منّا فیما سـبق انّ المراد من البیّعین من بیده سـلطان العقد و حلّه فالحقّ انّ المالکین و ان لم یحضـرا مجلس العقد و حضـرا فی مجلس الاجازه کان لهما الخیار و احتمال خصوصـیّه الاجتماع حال العقد ضعیف فی الغایه بعد تبادر ما عرفت من المعنی من الحـدیث و صدق البیّع علی المالک المجیز لغه و عرفا فالخیار یثبت للمالک حین ما یصدق علیه البیّع و صـدقه علیه انّمـا هو بعـد الاجـازه سواء قلنا بالکشف او النّقل فانّ الاجازه علی الکشف و ان کانت انفاذ العقـد الفضولی و العقد سابق علیها الّا انّ من الواضح انّ کونها انفاذا

انّما يؤثّر فى ترتيب الملكيّه او آثارها من حين العقد و لا يؤثّر فى صدق البيّع عليه من ذلك الحين و ذلك لاستحاله صدقه على المجيز حال العقد و لو قلنا بالكشف و علمنا بتحقّق الاجازه و صدقه يتبع تحقّقها فى الخارج فلا مدخليّه للعقد و الاجتماع حاله فى صدق موضوع الخيار نعم لا بدّ من اجتماعهما فى مجلس الاجازه فانّ الغايه و هى قوله (ص) حتّى يتفرّقا يدلّ على لزوم الاجتماع كذلك ثمّ انّ ما ذكرناه انّما هو المنع عن شرطيّه حضور المالكين فى مجلس العقد فى ثبوت الخيار لهما بعد الاجازه و قال المصنّف فيما مضى من البحث عن ثبوت خيار المجلس للوكيلين ما هذا لفظه نعم فى ثبوته للمالكين بعد الاجازه مع حضورهما فى مجلس العقد وجه و اعتبار مجلس الاجازه على القول بالنّقل له وجه الخ و فى المقام يمكن ان يكون تقييده بحضور المالكين فى مجلس عقد الفضوليّين من حيث نفى الخيار من حين العقد او اثباته فى صوره حضورهما فى مجلس العقد و هذا غير شرطيّه ذلك فى ثبوت الخيار لهما بعد الاجازه و قد تقدّم منّا انّ المالكين ان حضرا مجلس العقد و اجازا فى المجلس كان لهما الخيار و ان لم يحضرا و حضرا مجلس الاجازه كان لهما أيضا و ان لم يجتمعا لا فى مجلس العقد و لا فى الاجازه فلا خيار

[القول فى مسقطات الخيار]

[مسأله المسقط الثانى إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

قوله (لو اقتضت الاجازه لزوم العقد من الطّرفين)

اى من الّذين لهما الخيار و ان كانا فى طرف واحد من المتعاقدين و هذا ظاهر من الامثله

[مسأله المسقط الثالث افتراق المتبايعين]

قوله (و معنى حدوث افتراقهما المسقط الخ)

الأحوط عدم الاكتفاء بالوجه الثّانى فضلا عن الاوّل بل الأظهر هو الوجه الثّالث و هو عدم حدوث الافتراق بالخطوه و الخطوتين و لا بدّ من الصّدق العرفى لانصراف مفهوم الافتراق عن مثل الخطوه مضافا الى ظهور الدّلاله فى الرّوايه المذكوره لا من حيث فعله (ع) حتّى يقال انّه مجمل و قضيّته فى واقعه بل من حيث انّه (ع) علّق وجوب البيع بما فعله من القيام و المشى خطاء و هى جمع خطوه و لا يخفى انّ مع صحّه دعوى الانصراف المذكور و ظهور خصوص روايه محمّد بن مسلم المذكوره لا تصل النّوبه الى استصحاب الخيار و لا حاجه إليه فى اثبات عدم كفايه الخطوه و لزوم صدق التفرّق عرفا فى سقوط الخيار

قوله المعروف انّه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه)

اعلم انّ الظّاهر انّه يعتبر فى صدق الافتراق حصوله بالاختيار و الإراده و ذلك لانّ الظّاهر من اسناد اكثر الافعال الى الفاعل هو

صـدورها عنه بالاختيار فاذا حصل بالاكراه فلا يصـدق الافتراق بل هو تفريق من دون مطاوعه الافتراق و تنظير الافتراق الواقع فی قولهم علیهم السّلام البیّعان

بالخيـار حتّى يفترقا او ما لم يفترقا بقوله (ع) من اتلف مال الغير فهو ضامن او من احـدث بطل وضوئه او صـلاته حيث انّ الظّاهر منهما هو الحصول على ایّ وجه كان لا يلتفت إليه و لا يعتبر فى صحّه الاسـناد و صدقه التعمّد و الالتفات الى ما يترتّب عليه فلو افترقا ساهيين او ناسـيين للعقد او الحكم صدق الافتراق و سقط به الخيار كما فى حال الالتفات و الذّكر كما انّ الظّاهر انّ صدق الاكراه و مانعيّته عن صـدق الافتراق انّما هو اذا منعا عن التّخاير أيضا سواء بلغ حدّ سـلب الاختيار أم لا فلو اكرها على التفرّق مع تمكّنهما من الفسخ و الامضاء صدق الافتراق المسقط و لو اكرها مع عدم تمكّنهما منهما لم يصدق الافتراق المسقط

فان قلت انّ الافتراق فى النّصوص ان اعتبر فيه العلم و القصد و الاختيار فافتراق النّائم و السّاهى و النّاسـى و المدهوش و السّكران و المغمى عليه و المجنون ليس بافتراق كالمجبور و المكره فما وجه الافتراق

قلت المنشأ هو الصّـدق العرفى فانّ النّائم و السّاهى و نحوهما ينسب إليهما فعل الافتراق عرفا كالمختار القاصد بخلاف المكره و المضـطرّ حيث لاـ يصـدق عليه ذلك و كلّ ذلك لما عرفت من تبادر الاختيار من الفعل المسـند الى الفاعل المختار و ان شـئت فقل انّ المتبادر من التفرّق ما كان عن رضـى بالعقد سواء وقع اختيارا او اضـطرارا و هذا هو الّذى يشير إليه المصنّف ره اخيرا ثمّ لا وجه للاسـتدلال بحديث رفع الحكم عن المكره لانّ المكره و المضـطرّ اذا تمكّنا من التّخاير صدق عليهما الافتراق عن اختيار اذا تمهّـدت هـذه فاعلم انّ المعروف من مذهب الاصـحاب هو عدم سـقوط خيار المجلس بالاكراه على الافتراق من حيث كون الاختيار شرطا فى صدق الافتراق بالتّبادر و الانسباق الى الذّهن و مع الشّك يرجع الى اصاله بقاء الخيار

فـان قلت انّ اللّـازم هو الرّجوع فى صوره الشّـک الى عموم أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ فـانّ عمومه الاـفرادى يسـتتبع العموم الزّمانى و لا وجه للرّجوع الى الاصل

قلت انّ المقـام من الموارد الّتى يرجع فيهـا الى استصـحاب حكم الخـاصّ لا عموم العامّ و يأتيک تفصـيله فى خيار الغبن إن شاء اللّه تعـالى و ذهب جمـاعه الى عـدم السّـقوط أيضـا لاـ من الحيثيّه المـذكوره بـل لقيـام دليل من الخارج على اعتبار الاختيار فى الافتراق المسـقط و ما استدلّوا عليه امور الاوّل الاجماع المنقول عن الغنيه و تعليق الشّرائع المعتضد بدعوى صاحب الجواهر عدم الخلاف فيه الثّانى حـديث الرّفع و يـدفعه أوّلا انّ النّسـيان مرفوع فيه أيضا و كما يـدلّ على رفع الاكراه يـدلّ على رفع النّسيان و الاضطرار و المنقول عنهم بالشّهره و الاجماع هو التّفكيک بينهما و القول بعدم السّقوط مع

الاـكراه و السّـقوط مع النّسيان و الغفله و ثانيا ما ذكره فى المتن من انّ ما عليه الاصحاب لا يصحّ الاستدلال عليه بانّ مقتضى حديث الرّفع جعل التفرّق المكره عليه كلا تفرّق لانّ المفروض انّ التفرّق الاضطرارى أيضا مسقط مع وقوعه فى حال التمكّن من التّخاير و ثالثا انّ حديث الرّفع يجرى فيما كان الفعل منوطا بالقصد و الاختيار كالبيع و الطّلاق و غيرهما من العقود و الايقاعات مع انّ من المتّفق عليه عند القائلين بالسّقوط عند الاـكراه مط و القائلين بعدم السّقوط مع التمكّن من التّخاير هو السّقوط اذا كانا غافلين او ناسيين فيدلّ هذا على عدم مدخليّه القصد فى اسقاط التفرّق الثّالث صحيحه الفضيل حيث قال (ع) فاذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا منهما بالتّقريب المذكور فى المتن و يدفعه أوّلا قوّه احتمال ان يكون المراد بعد الرّضا باصل البيع سابقا لا الرّضا بالافتراق او الرّضا بالبيع متّصلا بالافتراق فكانّه (ع) قال انّ الرّضا بالعقد حين وقوعه اقتضى اللّزوم و كان المجلس قابلا للهدم و المنع فاذا افترقا فقد زال ما كان قابلا للهدم و اثّر المقتضى اثره و ثانيا انّه لو اريد به تقيّد اسقاط الافتراق للخيار بالرّضا حال الافتراق كان اللّازم عدم السّقوط فى الافتراق الغير المقرون به مع انّهم لا يلتزمون بذلك فى غير صوره الاكراه و ثالثا انّ استفاده شرطيّه الرّضا من الصّحيحه لا يصحّ الّا بناء على ثبوت المفهوم فى كلمه بعد و هو مم و رابعا انّها لا تقاوم ظهور الاخبار المطلقه المستفيضه الخاليه عن هذا القيد و لا تصلح لتقييدها لما بيّن فى محلّه انّ تقديم المقيّد على المطلق انّما هو لقوّه الظّهور فلو فرض العكس قدّم المطلق سيّما مع اعتضاد اطلاقها بشهره العمل بها و خامسا انّها تعارض بما يستفاد من صحيحه الحلبى عن ابى عبد اللّه (ع) قال ايّما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتّى يفترقا فاذا افترقا فقد وجب البيع و قال (ع) انّ ابى اشترى ارضا يقال لها العريض فلمّا استوجبها قام فمضى فقلت يا ابت عجلت بالقيام فقال يا بنىّ انّى اردت ان يجب البيع و روايه محمّد بن مسلم قال سمعت أبا جعفر (ع) يقول بايعت رجلا فلمّا بعته قمت فمشيت خطاء ثمّ رجعت الى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا فانّه يظهر منهما عدم اعتبار رضا الاـثنين و سادسا قد عرفت انّ الظّاهر من الافتراق فى الرّوايات هو الافتراق بالاختيار و المباشره و عليه فتدلّ الصّحيحه على سقوط الخيار بالتفرّق الصّادر بالمباشره مع الرّضا منهما و مع الاكراه على التفرّق لا يتحقّق ذلك و ان تحقّق الرّضا و على اىّ حال فالظّاهر اتّفاق الاصحاب على عدم سقوط خيار المجلس لو اكرها على التفرّق و منعا من التّخاير نعم قد توقّف فى المسأله المحقّق الاردبيلى ره فى مجمع الفائده و السّبزوارى قد ره فى الكفايه و جزم بعض من ادركنا عصره بسقوط الخيار فى المسأله

و قال التّحقيق انّ الافتراق مسقط بایّ وجه حصل من غير فرق بين كونه على وجه القصد او الشّعور او على وجه النّسيان او الغفله او الاضطرار و الاكراه او نحو ذلك و ذلك لصحّه اسناد الافتراق إليهما فی جميع هذه الصّور و الصّواب ما هو المشهور كما قدّمنا و مع الشّك فالمرجع هو استصحاب بقاء الخيار و قد طعن صاحب الحدائق ره الّذی لا يتعدّی غالبا عن موارد النّصوص على الاردبيلى و السّبزوارى قدّس سرّهما من جهه تشكيكهما فی المسأله و وافق الاصحاب حيث قال و كذا لو اكرها على التفرّق فانّه لا يسقط الخيار و الوجه فيه انّ الّذی دلّت الاخبار على كونه مسقطا انّما هو التفرّق الّذی هو فعل اختياریّ لهما فالتّفريق بينهما قهرا ليس كذلك فلا يكون داخلا تحت النّصوص ه و بالجمله الاكراه على التفرّق له صور الاولى اكراههما على التفرّق و على عدم التّخاير باختيار الفسخ او الايجاب الثّانيه اكراههما على التفرّق من دون اكراه على التّخاير مط من فسخ او ايجاب الثّالثه اكراههما على التفرّق و على اختيار الفسخ الرّابعه اكراههما على التفرّق و على اختيار الايجاب و قد عرفت عدم سقوط الخيار فی الصّوره الاولى و السّقوط فی الثّانيه و مثلها فی السّقوط ما لو اكرها على التّخاير و لكنّهما بنفسهما اختار التفرّق و امّا الثّالثه فان قصدا الى الفسخ عن رضا منهما سقط الخيار و ان فسخا عن كره منهما لم يسقط و امّا الرّابعه ففيه التّفصيل المذكور

قوله (و ثبوته لهما كما عن ظ ط و المحقّق و الشّهيد الثّانيين)

و هذا هو القول المشهور و هو الاقرب فانّ الظّاهر من النّصوص اسناد الافتراق المسقط الظّاهر فی صدوره عن اختيار كما تقدّم الى ضمير طرفی البيع فيفيد حصر سقوط الخيار بحصول الافتراق الاختيارى منهما معا و انّ الافتراق فی الجمله غير كاف فی سقوط خيارهما معا او فی سقوط خيار خصوص المختار و ان شئت قلت انّ الظّاهر بعد تبادر الاختيار من الافتراق المسقط و قد اسند الى ضمير التّثنيه كون مجموع الافتراقين الاختياريّين غايه لكلّ من الخيارين و لا يكون الافتراق و لو من واحد منهما غايه لكلّ من الخيارين كما انّ كون النّصوص من مقابله الجمع بالجمع فيكون افتراق كلّ غايه لخيار نفسه دون غيره أيضا خلاف الظّاهر و الحاصل انّ الافتراق الحاصل من الطّرفين اختيارا جعل غايه لمجموع الخيارين فلا يسقط بافتراق احدهما كرها عن واحد منهما و يؤيّد هذا القول اصاله بقاء خيارهما و اطلاق الاجماع المنقول على بقاء الخيار بالاكراه على الافتراق

قوله (بل حكى هذا القول عن ظ كره)

قال فی كره لو اكرها على التفرّق و ترك التّخاير لم يسقط خيار المجلس و كان الخيار باقيا الّا ان يوجد منه ما يدلّ على الرّضا باللّزوم و هو اظهر الطّريقين عند الشّافعيّه و الثّانی انّ فی انقطاعه وجهين كالقولين فی صوره الموت و هذا اولى ببقاء الخيار لانّ ابطال حقّه قهرا

مع بقائه بعيد و كذا لو حمل احد المتعاقدين و اخرج عن المجلس مكرها و منع من الفسخ بان يسدّ فوه مثلا ه وجه التأمّل هو احتمال ان يكون المراد من قوله و كذا لو حمل احد المتعاقدين الخ بقاء الخيار لكلّ منهما و عدم سقوطه منهما معا كما لو اكرها كذلك بل هذا اقوى ممّا فهمه الحاكى من إراده عدم سقوط خياره خاصّه و ذلك لقرينه العطف و التّشبيه

قوله (و الّا لبقيتا فتأمّل

لعلّه إشاره الى انّ القول بانّ الغايه ان حصلت سقط الخياران و الّا بقيتا مبنىّ على كون مجموع افتراقهما غايه لمجموع خيارهما و لكن من الممكن ان يكون الافتراق غايه لخيارهما على وجه التّوزيع بان يكون افتراق كلّ منهما مسقطا لخياره خاصّه و بعباره اخرى يمكن ان يكون غايه خيار كلّ منهما رضاه المنكشف باختيار المفارقه فالغايه متعدّده و لا يخفى انّ هذا مجرّد احتمال و إشاره الى المبنى و الّا فسيصرّح الآن بانّ التّفكيک لا يساعد عليه ظ النصّ

قوله (فلا بدّ امّا من القول بالفور كما عن كره)

تمسّكا بعموم قوله تع أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الدالّ على لزوم الوفاء بجميع العقود المستتبع لجميع الازمان خرج عنه المقدار المتيقّن و امّا القول بالتّراخى الى ان يحصل احد المسقطات لانّ الزّمان حيث اخذ ظرفا للخيار لا قيدا فى ثبوته فالعموم المذكور ليس على وجه ينوّع العامّ و يكون شاملا لجميع الازمنه فلو خرج منه فرد فى زمان كان اللّازم استصحاب حكم الخاصّ لا الرّجوع الى العامّ و يناقش فى هذا الاستصحاب تاره بانّ بقاء الخيار و تابيده مع طول الزّمان ضرر على من عليه الخيار فيرجع الى قاعده نفى الضّرر و فيه انّ الضّرر انّما يكون مع الحجر عن التصرّف و لا حجر عليه فى ذلک و اخرى بانّ الشّک فى بقاء الخيار الثّابت حين زوال الاكراه الى حصول احد المسقطات من الشّک فى المقتضى و اجراء الاصل مبنىّ على القول بحجيّته مط و فيه تامّل مع انّ الحقّ صحّه اجرائه فى الشّک فى المقتضى هذا كلّه مع امكان ان يق بدلاله النصّ على بقاء الخيار لانّ الغايه هو الافتراق و الاكراهىّ منه لا اثر له فى اسقاط الخيار و المفروض عدم مسقط آخر فلا بدّ من بقاء الخيار الى ان يحصل المسقط و لنعم ما افاد فى الجواهر حيث قال ان لم يقم اجماع على انّ غايه الافتراق بعد الزّوال امكن القول ببقائه مط فى بعض الصّور الّتى لم يبق معها بعد الزّوال صدق الافتراق فيكون الخيار ح ثابتا بقوله البيّعان بالخيار الخ و لم تحصل الغايه حال امكانها و بعد الاكراه لم يبق لها مصداق ه و ما افاده المصنّف ره من انّ الهيئه الاجتماعيّه الحاصله حين العقد قد ارتفعت حسّا فهو حسن فى ردّ القول بجعل مجلس زوال الاكراه بمنزله مجلس العقد و الحكم بامتداد الخيار بامتداد مجلس الزّوال فانّ النصّ

ساكت عن ذلك و لا دليل على هذا التّنزيل و امّا مع دلاله النصّ على ثبوت الخيار للمتبايعين الى غايه افتراقهما و حكم بعدم حصول الغايه فالنصّ دالّ على بقائه ثمّ على القول بصيروره مجلس زوال الاكراه بدلا عن مجلس العقد يجرى عليه احكامه من سقوط الخيار بالافتراق منه و لو الى مجلس العقد و على ما قلنا يبقى الخيار مع عدم صدق الافتراق سواء كانا مجتمعين فى مجلس واحد او لا او يمشى كلّ الى صاحبه او الى مجلس العقد بل و لو مضى كلّ من مجلس الزّوال لشأنه الى ان يحصل مسقط آخر على تامّل فى الأخير

[مسأله المسقط الرابع التصرف]

قوله (و لعلّه لدلاله التّعليل فى بعض اخبار خيار الحيوان)

اشار بذلك الى صحيحه ابن رئاب عن ابى عبد اللّه (ع) قال الشّرط فى الحيوان ثلاثه ايّام للمشترى اشترط أم لم يشترط فان احدث المشترى فى ما اشترى حدثا قبل الثّلاثه الأيّام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له و ما الحدث قال ان لامس او قبّل او نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشّراء فيستظهر من التّعليل الواقع و هو قوله (ع) فذلك رضا منه دلالته على سقوط الخيار بكلّ ما دلّ على الرّضا ثمّ اعلم انّ التصرّف الكاشف عن الرّضا و الالتزام بالعقد مسقط قطعا من غير خلاف فيه ظاهرا من دون فرق بين القول و الفعل و محلّ الكلام و الخلاف انّما هو فى كونه مسقطا تعبّدا و لو علم عدم دلالته على الرّضا بالمعنى الآتى فى خيار الحيوان

[الثانى خيار الحيوان]

قوله (فمثل السّمك المخرج من الماء و الجراد)

الاقرب هو خروج ما يكون المقصود من بيعه لحمه و اختصاص الخيار بالحيوان المقصود حياته لوجهين الاوّل الانصراف فانّ الظّاهر انّ محلّ الخيار فى الثّلاثه هو الحيوان الّذى له استعداد البقاء فيها فى العاده و الثّانى انّ مناسبه الحكم و الموضوع يقتضى الاختصاص و خروج ما يكون المقصود لحمه

قوله (او فى زمان الخيار)

اى اذا كان بعد القبض حتّى يكون التّلف ممّن لا خيار له

قوله (و فى منتهى خياره مع عدم بقائه الى الثّلاثه وجوه)

اى بناء على ثبوت الخيار فى الصيد المشرف على الموت و عدم الاشكال من جهه عموم الادلّه الدالّه على ثبوت هذا الخيار فى كلّ حيوان و ان كان الاقرب صحّه دعوى الانصراف الاوّل فوريّه الخيار لانّ التّحديد بالثّلاثه منصرف الى مورد له قابليّه البقاء

إليها عاده و ما كان غير مستقرّ الحياه خارج عن هذا التّحديد و المتيقّن فى كلّ خيار لم يثبت مدّته هو الفور و المرجع فيما بعده اصاله اللّزوم بناء على تقديم العامّ فى مثله على استصحاب حكم المخصّص الثّانى امتداده الى الموت لانّ الظّاهر من خيار الحيوان هو ثبوته ما دام حيّا الثّالث بقائه بعد الموت الى الثّلاثه او الى ان يخرج عن الماليّه او يحدث نقص فى ماليّته بان يجعل المنتهى

اقرب الاجلين منهما لانّ بعد فرض دخوله فى نصوص خيار الحيوان او شمولها له فاللّازم امتداده الى الثّلاثه ان بقى حيّا او مات و لم يخرج عن الماليّه و أمّا اذا مات قبل الثّلاثه و خرج عن الماليّه بحيث عدّ تلفا فمقتضى قاعده كون التّلف فى الثّلاثه من البائع هو انفساخ العقد و سقوط الخيار

قوله (و لعلّه الاقوى)

و يردّه انّه لا وجه للاستدلال بالحكمه فانّها غير مطّرده مضافا الى انّها ظنّيّه لاحتمال ان يكون الحكمه فى هذا الخيار غير ذلك كنظره المشترى و امهاله حتّى يطمئنّ بموافقه البيع لمصلحته و اطلاق النّصوص شامل لكلا القسمين بلا تامّل

قوله لعموم صحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار الخ)

الانصاف قوّه القول بعمومها فلنا دعويان الاولى ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان مط و الثّانيه عدم ثبوته لمن انتقل عنه امّا الاولى فلعموم هذه الصّحيحه و الصّحيحه الاخرى المرويّه عن محمّد بن مسلم أيضا المتقدّمه و صحيحه زراره عن ابى جعفر (ع) قال سمعته يقول قال رسول اللّه (ص) البيّعان بالخيار حتّى يفترقا و صاحب الحيوان ثلث و لا ينافى هذه الصّحاح التّقييد بالمشترى فى الاخبار المتقدّمه و فى موثّقه ابن فضّال و ذلك لانّ الظّاهر عند المتامّل انّه ليس المراد من المشترى من هو مقابل البائع بل المراد به من ملك الحيوان فى البيع الواقع سواء ملكه موجبا بعنوان العوض عمّا ملّكه او ملكه قابلا بعنوان المعوّض و هو المشترى فى مقابل البائع فانّ اطلاق المشترى شايع فى العرف و العاده على من انتقل إليه المتاع سواء كان احد العوضين او كان كلاهما منه و عن القاموس كلّ من ترك شيئا و تمسّك بغيره فقد اشتراه و لو سلّم إراده ما يقابل البائع فعدم المنافاه من وجوه الاوّل انّ النّسبه بين الاخبار المقيّده بالمشترى و الصّحاح المذكوره هى الاطلاق و التّقييد و لا ينافى ثبوت الخيار للمشترى ثبوته للبائع اذا ملك الحيوان بعنوان العوضيّه و ثبوته لكليهما اذا كان العوضان حيوانا و حمل المطلق على المقيّد انّما يكون فى صوره المنافاه بين ظاهرهما و امّا فى غير ذلك من الاحكام الانحلاليّه كما اذا قيل اكرم العلماء و اكرم زيدا ممّا لا تنافى بينهما فلا مانع من العمل بكليهما الثّانى امكان ورود القيد مورد الغالب كما فى قوله تع و ربائبكم اللّاتى فى حجوركم فانّ الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا فلا ظهور لموثّقه ابن فضّال و الاخبار المتقدّمه فى الاختصاص الثّالث انّ الظّاهر من التّقييد فى الموثّقه هو انّ المراد من الصّاحب الصّاحب بعد البيع لا الصّاحب السّابق و هو البائع فليس فى مقام اخراج البائع اذا كان الثّمن حيوانا الرّابع امكان ان يكون الغرض من التّقييد فى الموثّقه و غيرها من الاخبار

المتقدّمه دفع توهّم کون خیار الحیوان کخیار المجلس فی ثبوته للمتبایعین مط و بیان عدم الخیار للبائع اذا انتقل عنه الحیوان الخامس انّ الحکمه فی ثبوت خیار الحیوان هو النّظر و الاعتبار کما هو المصرّح فی صحیحه ابن رئاب المحکیّه عن قرب الاسناد و لا بدّ من الأخذ بعموم الحکمه و ذکرها فی الصحیحه قرینه علی ورودها مورد الغالب من کون الثّمن غیر حیوان و امّا الدعوی الثّانیه و هو عدم الخیار لمن انتقل عنه الحیوان فلعدم الدّلیل علیه بعد اصاله اللّزوم و ما تمسّکوا به من صحیحه محمّد بن مسلم المتبایعان بالخیار ثلاثه ایّام فی الحیوان و فیما سوی ذلک من بیع حتّی یفترقا فیمکن تقییده بصحیحته الاخری المتبایعان بالخیار ما لم یفترقا و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثه ایّام و یحمل بعد التقیید علی مورد یکون العوضان حیوانین

فان قلت انّ هذا الحمل فی غایه البعد فانّه حمل علی فرد نادر و الغالب کون المبیع حیوانا

قلت نعم و لکن لا محیص عن هذا الحمل القرائن تدلّ علیه الاولی قوله (ع) فی الصّحیحه الاخری صاحب الحیوان بالخیار فانّه صریح فی عدم ثبوته لمن انتقل عنه بل الظّهور المستفاد من جمیع الاخبار المتقدّمه المقیّده باختصاصه بالمشتری اقوی من ظهور قوله (ع) فی هذه الصّحیحه المتبایعان بالخیار فی ثبوته للبائع بسبب الاطلاق الثّانیه عدول الامام علیه السّلام فی الصّحیحه الأخری عن قوله المتبایعان بالخیار ما لم یفترقا الی التّعبیر بقوله و صاحب الحیوان بالخیار فانّ خیار الحیوان لو کان ثابتا لکلا المتبایعین کخیار المجلس لما عدل الی عباره اخری و کان یقول المتبایعان بالخیار ما لم یفترقا و هما بالخیار فی الحیوان ثلاثه ایّام و کذا الکلام فی العدول الواقع فی صحیحه زراره المتقدّمه الثّالثه اقوائیّه دلاله صحیحه ابن رئاب المحکیّه عن قرب الاسناد فی عدم ثبوت الخیار للبائع اذا کان المبیع وحده حیوانا من دلاله هذه الصّحیحه بإطلاقها علی ثبوته للبائع فی الصّوره المذکوره بل صحیحه ابن رئاب صریحه فی ذلک مضافا الی الحکمه المذکوره فیها و بالجمله یستفاد من مجموع ما ذکر بالدّلاله القطعیّه بل و المناط القطعی عدم الخیار لمن انتقل عنه الحیوان فلا محیص عن الحمل المذکور

فان قلت انّ لازم الحمل المذکور شمول ما فی ذیل الصّحیحه من قوله (ع) و فیما سوی ذلک من بیع ما اذا کان المبیع حیوانا و الحکم بعدم ثبوت غیر خیار المجلس فیه مع انّه المتّفق علیه من ثبوت خیار الحیوان فیه

قلت فکما قیّد الصّدر بقرینه ما ذکر فکذلک یقیّد الذّیل بغیر ما کان احد العوضین حیوانا بالقرینه و هی الصّحیحه الاخری الدالّه علی ثبوت الخیار لصاحب الحیوان و الاخبار الدالّه علی ثبوته للمشتری مضافا الی امکان ان یکون کلمه ذلک إشاره الی الحیوان و یکون المعنی انّ فی سوی بیع الحیوان حتّی یفترقا

و يكون الغرض نفى غير خيار المجلس و الاقتصار عليه فيما لا يكون البيع واقعا على الحيوان بل هذا الاحتمال قوىّ جدّا عند التدبّر

فان قلت انّ ضعف القول بثبوت الخيار للمتبايعين مط فى غايه الوضوح و امّا القول المشهور و ما ذهب إليه المعظم من اختصاصه بالمشترى فهو لتكاثر الادلّه المعتضده بفهم الاصحاب يكون بمثابه لا يمكن رفع اليد عنه بما ذكرتم من الانصراف الى الغالب و تقييد الاخبار و التكلّف فى حملها على خلاف ظواهرها للجمع بينها و بين ظاهر صحيحتى محمّد بن مسلم و زراره فانّ الجمع فرع التّكافؤ و الصّحيحتان قاصرتان عنه فانّ قيد المشترى فى الاخبار الكثيره قد ورد فى بيان الحكم و الظّاهر انّه لافاده الاحتراز و حصر ثبوت الحكم فى المقيّد الا ترى انّه لا يشكّ احد فى انفهام اختصاص الولاء بالمعتق من قوله (ع) الولاء لمن اعتق و اختصاص اختيار الطّلاق بالزّوج من قوله (ع) الطّلاق بيد من اخذ بالسّاق و اختصاص البيّنه بالمدّعى و اليمين بالمنكر من قوله (ع) البيّنه على المدّعى و اليمين على من انكر و اختصاص الضّمان قبل القبض بالبايع من قولهم (ع) كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و كما انّ قيد الحيوان و الثّلاثه للاحتراز و تعيين موضوع الخيار من دون ريب فليكن قيد المشترى كذلك و يؤكّد كون قيد المشترى للاحتراز دخول لام الاختصاص على المشترى و ما ذكروه من عدم حجيّه مفهوم الوصف خصوصا مع عدم ذكر الموصوف ارادوا عدمها بحسب الظّهور النّوعى و اذا افاد فى مقام ظهورا شخصيّا فى الانتفاء عند الانتفاء كما فى المقام فاللّازم الاخذ به و لو كان على خلاف الظّهور النّوعى و لذا قد يقدّم العامّ على الخاصّ و المطلق على المقيّد و المفهوم على المنطوق و هكذا فى كلّ ما يكون بحسب النّوع او الصنف اقوى من غيره بحسب الدّلاله و لكن فى خصوص ذلك المقام يكون اضعف بنظر الفقيه بل ربما لا يكون للّفظ ظهور نوعىّ اصلا فى معنى و يكون له الظّهور فى خصوص المقام بنظره الا ترى الى ما اختاره المحقّق القمىّ ره فى دلاله آيه النّبإ باعتبار التّعليق على الوصف على المفهوم فى خصوص الآيه مع اختياره عدم مفهوم الوصف نوعا عكس ما ذكره غير واحد من انّه على تقدير القول بدلالته على المفهوم نوعا لا دلاله له فى خصوص المقام و ظهور الاخبار الكثيره المقيّده بثبوت الخيار للمشترى فى اختصاصه به ممّا لا يقبل الانكار و اظهر من الكلّ كما فى المتن صحيحه ابن رئاب المحكيّه عن قرب الاسناد على انّ روايه علىّ بن رباط عمّن رواه عن ابى عبد اللّه (ع) قال ان حدث بالحيوان قبل ثلاثه ايّام فهو من مال البائع و صحيحه ابن سنان قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرّجل يشترى الدابّه او العبد و يشترط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابّه او يحدث فيه الحدث على من ضمان ذلك فقال على البائع

حتّى ينقضى الشّرط ثلاثه ايّام و يصير المتاع للمشترى شرط له البائع او لم يشترط قال و ان كان بينهما شرط ايّاما معدوده فهلك فى يد المشترى قبل ان يمضى الشّرط فهو من مال البائع و غيرهما من روايات تكون بمعناهما قد دلّت على انّ التّلف فى الثّلاثه ايّام مدّه الخيار من مال البائع و بضميمه ما دلّ على انّ الضّمان انّما هو على من لا خيار له تدلّ على عدم الخيار للبائع و اختصاصه بالمشترى هذا كلّه مع كثره الاخبار المقيّده و اعتضادها بالاصل و عمومات اللّزوم و الشّهره فى الفتوى

قلت الانصاف انّ هذه الاخبار على كثرتها لا تقاوم الصّحاح الّتى دلّت على ثبوت الخيار لكلّ من انتقل إليه الحيوان و لا تعارض بينهما الّا من حيث العموم و الخصوص و ذلك لما عرفت من انّ الاخبار الّتى يستدلّ بها للمشهور بحكم الغلبه و الانصراف و ظهور ورودها لبيان حكم الخيار فى بيع الحيوان خاصّه لا فى شرائه او بيعه و شرائه موردها خصوص صوره كون المثمن حيوانا فهى تدلّ على انتفاء الخيار عن البائع فى هذه الصّوره مضافا الى ما قدّمنا من ظهور إراده من ملك الحيوان من المشترى الوارد فى تلك الاخبار و تلخّص عمّا ذكرنا انّه لا اشكال فى ترجيح صحيحتى محمّد بن مسلم و زراره الدّالتين على ثبوت الخيار لخصوص من انتقل إليه الحيوان سواء سمّى بايعا او مشتريا من حيث الدّلاله على الصّحيحه الّتى استدلّوا بها على ثبوته للمتبايعين و على الاخبار الّتى استدلّ بها المعظم على ثبوته لخصوص المشترى فالاظهر ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا او مثمنا

قوله (و لا ينافيه تقييد الحيوان بالمشترى)

اى لا ينافى القول الثّالث الموثّق الّذى رواه الشّيخ عن الحسن بن علىّ بن فضّال قال سمعت أبا الحسن علىّ بن موسى الرّضا (ع) يقول صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلاثه ايّام

قوله (لا فرق بين الامه و غيرها فى مدّه الخيار)

توضيح ما ذكره بامور الاوّل انّه لا دليل على تخصيص مدّه خيار الامه بمدّه استبرائها مع اطلاق اخبار خيار الحيوان و عموم صحيح الحلبى المؤكّد للحيوان بلفظ كلّ و خصوص صحيح ابن رئاب الّذى مورده الجاريه الثّانى المنقول عن السيّد ابن زهره انّه قال فى الغنيه و الخيار فى الامه مدّه استبرائها بدليل الاجماع المتكرّر ه و من الواضح انّ هذه الدّعوى لا تفيد شيئا مع وجود الخلاف و دعوى الاجماع على خلافه الثّالث العبائر المنقوله عن المقنعه و النّهايه و المراسم الحاكمه بضمان البائع لها مدّه الاستبراء من دون تصريح بثبوت الخيار للمشترى فى تلك المدّه لا تدلّ على ذلك لانّ الملازمه انّما هى بين ثبوت الخيار لشخص و ضمان ماله على من عليه الخيار لا بين ثبوت الضّمان لشخص و ثبوت الخيار للمضمون له هذا مضافا الى عدم الوقوف على دليل على ضمان البائع فى

ص: ۳۲۸

مدّه الاستبراء

قوله (لظاهر قوله (ع) انّ الشّرط فی الحیوان)

و قد یستدلّ بوجهین آخرین الاوّل انّه لو لا ذلک کان المبدأ مجهولا للجهل بوقت التفرّق و هو موجب للغرر و یرد علیه مضافا الی النّقض بشرط الخیار بعد التفرّق الی مدّه معلومه انّ المدّه معلومه و انّما الجهاله فی مبدأ الخیار و لا غرر فی ذلک الثّانی انّ علّه الخیار هو العقد فلو تأخّر عنه لزم تاخّر المعلول عن علّته و هو محال و یرد علیه مضافا الی النّقض بشرط الخیار بعد مضیّ مدّه مضبوطه من العقد انّه لو ثبت کون مبدئه من حین التفرّق کشف ذلک عن کون العقد علّه لثبوته کذلک و این هذا من مسئله تاخّر المعلول عن علّته نعم لو تأخّر ح عن حین التفرّق لزم ذلک ثمّ انّ هذا الاختلاف و هو کون المبدأ من حین العقد او التفرّق مبنیّ علی ثبوت خیار المجلس فی بیع الحیوان و لکنّ الّذی یظهر من جمله من الاخبار اختصاصه بغیر بیع الحیوان فانّ لازم مقابله خیار المجلس بخیار الحیوان و جعل مورد الاوّل غیر الحیوان و مورد الثّانی الحیوان هو عدم ثبوت خیار المجلس فی بیع الحیوان الا ترى الی قوله (ع) فی خبر علیّ بن اسباط الخیار فی الحیوان ثلاثه ایّام للمشتری و فی غیر الحیوان یتفرّقا و الی صحیح فضیل عن ابی عبد اللّه قال قلت له ما الشّرط فی الحیوان قال ثلاثه ایّام للمشتری قال قلت له و ما الشّرط فی غیر الحیوان قال البیّعان بالخیار ما لم یفترقا بل صحیح محمّد بن مسلم صریح فی اختصاص خیار المجلس بغیر بیع الحیوان و انّ الخیار شی ء واحد ففی الحیوان الی الثّلاثه و فی غیره حتّی یتفرّقا ففیه المتبایعان بالخیار ثلاثه ایّام فی الحیوان و ما سوی ذلک من بیع حتّی یفترقا و احتمال ان یکون المراد بقوله ما الشّرط فی الحیوان هو السّؤال عن الحیوان من حیث کونه حیوانا فیکون المراد بقوله غیر الحیوان غیر الملحوظ بعنوان کونه حیوانا فیشمل الحیوان اذا لوحظ باعتبار کونه مبیعا لا باعتبار کونه حیوانا و مثله الکلام فی بقیّه الرّوایات کما تری

قوله (خلافا للمحکیّ عن ابن زهره فجعله من حین التفرّق)

و علی هذا القول هل یکون التفرّق مبدأ مدّه الخیار و هی الثّلاثه او یکون مبدأ لاصل الخیار احتمالان یظهر من عباره بعضهم الاوّل و من عباره بعض اخر الثّانی فلو استمرّ المجلس الی انقضاء الثّلاثه یثبت الخیار فی ثلاثه اخری من حین التفرّق علی الاوّل و انتفاء خیار الحیوان رأسا علی الثّانی لعدم ثبوته فی الثّلاثه من اجل المانع و انقضاء زمانه بعدها و لو استمرّ المجلس الی یومین ثمّ حصل التفرّق یثبت الخیار فی ثلاثه ایّام بعد الیومین علی الاوّل و فی یوم بعدهما علی الثّانی

قوله (و هذه الدّعوی

لم نعرفها)

لانّهم ان ارادوا من ثبوت العقد لزومه ففيه أوّلا انّا اشرنا سابقا الى انّ معنى الخيار هو انّه لو لاه لزم العقد بحسب اصل الشّرع من جهه هذا الخيار فلا ينافى عدم اللّزوم من جهه خيار آخر و ثانيا انّ لازم ذلک ان يکون مبدأ خيار الشّرط فى بيع الحيوان بعد الثّلاثه او بالعکس أيضا و هم لا يلتزمون به و ثالثا لازم ذلک أيضا تخلّل آن ما بين التفرّق و ثبوت الخيارين و الالتزام بانّ المبدأ فيهما بعده لا من حين التفرّق بلا فصل و ذلک تحصيلا للزوم العقد و ان ارادوا به مطلق الثّبوت ففيه بعد النّقض بخيار المجلس انّ الايجاب و القبول کافيان فى ذلک

قوله (و بلزوم اجتماع السّببين على مسبّب واحد)

و قد يقرّر بانّ الثّابت فى مدّه خيار المجلس خياران او خيار واحد فان کان الاوّل لزم اجتماع المثلين و ان کان الثّانى لزم اجتماع السّببين على مسبّب واحد

قوله (مع انّه بالتّقرير الثّانى مثبت)

لانّ اصاله عدم حدوثه لا يثبت انّ مبدئه بعد التفرّق و انقضاء المجلس مضافا الى انّ اصاله عدم حدوثه بنحو ليس التّامه و هو العدم الازلى ليس له اثر اصلا و بنحو ليس النّاقصه ليس له حاله سابقه متيقّنه

قوله (و ادلّه التّلف من البائع محمول على الغالب)

فلا اطلاق لها حتّى يعارض اطلاق الأخبار المتکثّره الظّاهره فى انّ مبدأ خيار الحيوان من حين العقد و حملها على بعد التفرّق يوجب التجوّز و رفع اليد عن ظهورها و لا اشکال فى انّ التخصيص اولى منه نعم الحمل على الغالب مبنىّ على قبول انّ غلبه الوجود من اسباب الصّرف هذا مضافا الى امکان تخصيص اخبار خيار الحيوان لقاعده انّ التّلف فى الخيار المشترک من المشترى فيقال انّ التّلف فى الخيار المشترک من المشترى الّا اذا کان له خيار آخر مختصّ به کما فى المقام فيکون من البائع

قوله يتوقّف استقلال کلّ واحد منهما فى التّأثير)

هذا مضافا الى ما قدّمنا فى خيار المجلس من انّ ادلّه الخيار لا ينفى اجتماع اکثر من خيار واحد

قوله (و ورد النصّ أيضا بانّ العرض على البيع اجازه)

الظّاهر انّه اراد بالنصّ ما رواه فى کافى عن السّکونى عن ابى عبد اللّه (ع) انّ امير المؤمنين (ع) قضى فى رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النّهار فعرض له ربح فاراد بيعه قال ليشهد انّه قد رضيه ثمّ ليبعه ان شاء فان اقامه فى السّوق و لم يبع فقد وجب عليه لکن استظهار انّ مجرّد العرض على البيع اجازه من هذه الرّوايه محلّ منع لانّه (ع) امر أوّلا باقامه الشّاهد على اسقاط الخيار و

ايجاب البيع و عليه فلا يكون المسقط هو مجرّد الاقامه فى السّوق بل ما تقدّمها من ايجاب البيع

[الثالث خيار الشرط]

اشاره

قوله

و لا فی انّه لا یتقدّر بحدّ عندنا)

خلافا لابی حنیفه و الشّافعی و الثّوری فانّ المحکیّ عنهم انّه لا یجوز اشتراط مدّه فی العقد تزید علی ثلاثه ایّام

قوله (و الاصل فیه قبل ذلک الاخبار العامّه)

قد یستشکل فی التمسّک بالاخبار العامّه بانّ شرط الخیار مناف للکتاب فلا یجوز لنفس الاستثناء الّذی اشتمل علیه ادلّه الشّروط العامّه کما قد یستشکل فی خیار الشّرط بانّ ثبوته مناف لما دلّ علی لزوم الوفاء بالعقد و ادلّه لزوم الوفاء بالعقود یعارض الادلّه الدالّه علی ثبوت هذا الخیار بالعموم من وجه و مرجع الاشکالین الی امر واحد و هو منافات الخیار و جواز الفسخ لادلّه لزوم الوفاء بالعقد فینافی الکتاب أیضا و لیس الغرض من هذین الاشکالین المنع عن صحّه خیار الشّرط فی البیع فانّها مسلّمه بعد الاجماع و الاخبار الخاصّه بل الغرض انّ خیار الشّرط فی کلّ مورد قلنا به کما فی البیع حتّی للاجنبیّ لقیام الاجماع فیه فهو خارج عن عموم المستثنی بالدّلیل و امّا لو کان داخلا فی المستثنی منه کان قاعده عامّه فی العقود و الایقاعات الّا ما اخرجه الدّلیل و یجاب امّا عن الاوّل فبانّ الخیار من الحقوق و قد مرّ ذلک فی أوّل الخیارات و المخالف للکتاب الّذی لا یجوز اشتراطه فی العقد ما کان من الاحکام کحرمان الورثه عن الارث و المستحقّ من السّاده عن الخمس و من غیرهم عن الزّکاه و کذلک المراد من تحریم الحلال و عکسه تحریم الزّیاده علی نکاح امرأه واحده او نکاح الحرّه علی الأمه و تحلیل الخمر و الخنزیر و الرّبا و الجمع بین ازید من اربع و الاختین الی غیر ذلک من الاحکام فثبوت الخیار غیر مناف للکتاب و لا یحرّم حلالا و لا یحلّل حراما و هو داخل فی عموم المستثنی منه لا انّه خارج عن المستثنی و یرشدک الی ما ذکرنا انّ الادلّه الخاصّه علی کثرتها و ورودها فی موارد عدیده لم یکن فی واحد منها إشاره الی انّ هذا الشّرط مخالف لظاهر الکتاب و مخصّص له بل قول الصّادق (ع) لمّا سأله ابن سنان عن الشّرط فی الاماء ان لاتباع و لا توهب حیث قال (ع) یجوز ذلک غیر المیراث فانّها تورّث لانّ کلّ شرط خالف کتاب اللّه فهو باطل صریح فی انّ اشتراط عدم البیع فی الهبه لیس مخالفا للکتاب و انّ المخالف له ما کان من الاحکام و کان مصرّحا به فی الکتاب کالارث و کذا خبر الحلبی عن ابی عبد اللّه (ع) فی رجلین اشترکا فی مال و ربحا فیه ربحا و کان المال دینا علیهما فقال احدهما لصاحبه اعطنی رأس المال و الرّبح لک و ما توی فعلیک قال لا بأس به اذا اشترط و ان کان شرطا یخالف کتاب اللّه عزّ و جلّ فهو ردّ الی کتاب اللّه و امّا عن الثّانی فبانّ اللّزوم فی العقد انّما هو علی

حسب ما اشتمل علیه ذلک العقد فان کان بلا شرط فلزومه علی حسبه و ان کان معه فلزوم العقد علی حسب ذلک الشّرط و هذا هو السرّ فی صیروره الشّرط لازما سواء کان خیارا او غیره و لزوم الشّرط ناش عن لزوم العقد و لهذا لا یلزم لو لم یکن فی ضمن عقد لازم و ممّا یرشدک الی انّ الشّرط بل کلّ خیار لا ینافی لزوم العقد هو ثبوت اللّزوم فی غیر زمان الخیار و کلّ خیار ینافی استمرار اللّزوم و دوامه لا اصله و ادلّه اللّزوم لم تدلّ علی استمراره فی العقد مط بل نبّهناک علی انّها دلّت علی لزوم کلّ عقد بحسب ما اشتمل علیه ذلک العقد و اجاب جمع بانّ الخیار انّما ینافی العقد المطلق لانّ اللّزوم من مقتضیاته لا العقد المشروط بالخیار و لیس من مقتضیات مطلق العقد حتّی یعمّه و عبّر بعضهم عن هذا بانّ اللّزوم من مقتضیات اطلاق العقد لا ذاته فجواز الفسخ بالخیار لا ـ ینافی دلیل اللّزوم فانّه مخصوص بالعقد المطلق فلا ینافی الکتاب و فیه نظر لوجوه الاوّل انّ الفقهاء لم یفرّقوا فی خیار الشّرط بین ان یقع خیارا للعقد المشروط به او لعقد اخر متقدّم علیه کما لو اوقعا عقدا علی وجه الاطلاق من دون شرط و اشترطا بعد مضیّ زمان ثبوت الخیار لهما او لاحدهما بالنّسبه الی العقد السّابق فی عقد لاحق و لازم الجواب عدم الجواز فی الثّانی فانّ العقد المطلق السّابق مقتض للزوم و الخیار مناف له ح فیخالف الکتاب الثّانی انّه لو شرط الخیار فی ضمن عقد ثمّ اسقط باحد المسقطات فاللّازم عدم لزوم العقد المذکور فانّه لم یکن من العقد المطلق الّذی کان مقتضیا للزوم الثّالث انّ العقد المطلق یجری فیه کثیر من الخیارات کخیار المجلس و الحیوان و العیب و الغبن و تاخیر الثّمن و اشتراک الصّیفقه مع عدم تقیید المتبایعین العقد بشیء من ذلک و لازم الجواب تقیید الاقتضاء بغیر ذلک و هو کما تری الرّابع انّ الدّلیل علی اقتضاء العقد المطلق للزوم و ان کان حکم الشّارع بوجوب الوفاء و نحوه فهو عامّ لکلّ عقد سواء کان مشروطا بالخیار او لا و تخصیصه بالعقد المطلق الخالی عن الشّرط بتقریب انّ غایه ما دلّ علیه الدّلیل علی صحّه اشتراط الخیار هو ثبوت الخیار فی قسم خاصّ من العقد و هو الّذی اشترط فیه ذلک و الکتاب لم یدلّ علی لزومه بالخصوص بل کان دلالته علیه بالعموم فیخصّص یتوقّف علی تقدیم عموم ادلّه الشّروط علی عموم حکم الشّارع بوجوب الوفاء فی مورد الاجتماع مع انّ الاستثناء الواقع فی ادلّه الشّروط یخصّصها بغیر المخالف للکتاب و تقدیم دلیل الشّرط و تخصیصه لعموم الکتاب لا بدّ له من مرجّح لما تقرّر فی محلّه انّ مخالفه الخبر للکتاب لا یخلو عن صور ثلاث الاولی ان یکون المخالفه بالعموم و الخصوص او الاطلاق و التّقیید و اللّازم تقدیم

الخاصّ و ليس من التّرجيح فى شى ء لعدم المعارضه الثّانيه ان يكون المخالفه بالتّباين الكلّى و اللّازم سقوطه عن الحجيّه رأسا الثّالثه ان يكون الخبر اعمّ من وجه من الكتاب و اللّازم اعمال قواعد التّعارض و تقديم ما هو الارجح و كون الكتاب قطعىّ الصّدور لا يوجب تقديمه على الخبر بعد ما كانت دلالته على العموم ظنّيه و لا مرجّح فى المقام لدليل الشّرط و الاخبار الخاصّه و ان كانت مرجّحه و تكون من المرجّح الخارجى الرّاجع الى تقويه المضمون الّا انّ الاشكال ح هو اختصاصها بالبيع و الاجاره و قد جوّز الاصحاب خيار الشّرط فى غيرهما من الموارد و جوّزوه فيهما للاجنبىّ مضافا الى انّ لزوم العقد فى غير المشترط فيه الخيار لاجل حكم الشّارع يكون لاقتضاء امر خارج عن العقد فلا وجه لعدّه من مقتضيات العقد المطلق و ان كان الدّليل نفس العقد المطلق فلا- بدّ فيه من ثبوت جهه تفيد اختصاص اللّزوم به دون العقد المشروط و هى امّا الوضع و امّا القرينه العامّه امّا الوضع فعدمه ظاهر فانّ صيغ العقود مختلفه بحسب الموادّ و الهيئات غايه الاختلاف و من البعيد جدّا وضعها و لو نوعا كذلك و لم تسمع دعوى ذلك من احد و امّا القرينه فمضافا الى انّ اللّزوم ح لامر خارج لا من اقتضاء نفس العقد الاصل عدمها و الادلّه الّتى اقاموها على اصاله اللزوم فى العقود لا اختصاص لها بالعقد المطلق الخالى عن القيد و الصّواب فى الجواب ما قدّمناه من لزوم كلّ عقد بحسبه

[مسأله مبدأ هذا الخيار عند الإطلاق من حين العقد]

قوله (نعم يمكن ان يقال)

فيه مضافا الى انّه كيف يصحّ امكان هذه الدّعوى مع ما ذكر أوّلا- من انّ المتبادر عند الاطلاق كونه من حين العقد أوّلا انّ دعوى التّبادر و انصراف الاطلاق الى زمان لزوم العقد لو لا الاشتراط من جهه شهاده ظهور الحال فى انّ جعل الخيار يكون فى زمان كذلك و هو بعد التفرّق محلّ منع جدّا لانّ ظهور الحال قد يقضى بامتداد زمان الخيار من دون نظر الى جعل مبدئه زمان التفرّق و يكون الغرض ح هو بقاء الخيار بعد التفرّق أيضا و قد عرفت سابقا عدم المانع من ثبوت خيارين لجهتين فى زمان واحد و ثانيا النّقض بصوره التّصريح بجعل المبدأ من حين العقد فكما انّ فى صوره التّصريح بذلك لا يقيّد مبدئه بانقضاء خيار المجلس فكذلك فى صوره الاطلاق و ثالثا دلّ ما ورد فى صحيح ابن سنان من السّؤال عمّا لو اشترط يوما او يومين و الجواب بانّ التّلف فى الثّلاثه على البائع شرط أم لم يشترط على انّ مبدأ خيار الشّرط هو مبدأ الثّلاثه و الّا لأجاب (ع) بانّ التّلف فى الأيّام الاربعه و الخمسه على البائع و لا وجه لتخصيص الضّمان على البائع

بالثّلاثه الّا ذلک و احتمال ان یکون التّخصیص من جهه اختصاص مورد السّؤال بصوره اشتراط الیوم او الیومین متّصلا بالعقد و یکون الجواب ح دلیلا علی بطلان هذا الشّرط من حیث کونه لغوا مع ثبوت خیار الحیوان مدفوع بانّه لا وجه له مع عدم إشاره إلیه سؤالا و جوابا و لا دافع لظهوره فی مطلق الشّرط و قد مرّ الحدیث فی البحث عن ثبوت خیار الحیوان لمن انتقل إلیه و رابعا لو تمّ هذا لاقتضی کونه فی الحیوان من حین انقضاء الثّلاثه و قد یقال یستظهر ممّا ورد فی انّ التّلف فی ایّام خیار الشّرط علی البائع مثل ما فی ذیل صحیحه ابن سنان المتقدّمه قال (ع) و ان کان بینهما شرط ایّاما معدوده فهلک فی ید المشتری قبل ان یمضی الشّرط فهو من مال البائع و فی غیرها ممّا یکون بهذا المعنی انّ مبدأ هذا الخیار هو التفرّق فانّ ثبوته من حین العقد مناف لقاعده کون التّلف فی الخیار المشترک علی المشتری و یجاب عنه بما مرّ فی خیار الحیوان

قوله حکم علی المتعاقدین بخلاف قصدهما)

قد مرّ فی اوائل بحث المعاطاه انّ اخذ الخصوصیّات فی العقود لیس من باب اخذ الفصل فی الجنس حتّی یکون القاء الخصوصیّه من باب مخالفه العقود للقصود بل من باب تعدّد المطلوب و القاء بعض زمان الخیار یکون من هذا القبیل تبعیضا فی المطلوب

[مسأله یصحّ جعل الخیار لأجنبیٍّ.]

قوله (و ان لم یجتمعا بطل)

ان اراد بطلان الفسخ او الامضاء بمعنی اسقاط الخیار کما هو ظاهر العطف فهو باطل و ان اراد بطلان العقد ای تقدیم الفاسخ کما هو الظّاهر فحسن و احتمال ان یکون مورد کلامه هو جعل الخیار لهما بوصف الاجتماع فیکون مراده و ان لم یجتمعا بطل الفسخ و الامضاء کما هو ظاهر العطف بعید جدّا لانّ مرجعه الی الاقاله و اشتراطها لیس الّا لغوا

قوله و ان لم یرض کان المبتاع بالخیار)

لا وجه لهذا الکلام من جهات الاولی انّ مقتضی کون الخیار للاجنبیّ کون الامر بیده فان اختار الامضاء و اسقاط الخیار نفذ و ان اختار الفسخ انفسخ و لیس لاحد المتبایعین ح خیار بلا اشکال الثّانیه انّه لا وجه لتخصیص المبتاع بتوجیه الخیار إلیه دون البائع مع عدم ثبوت خیار لاحدهما و اختصاصه ابتداء بالاجنبیّ الثّالثه انّه لو جعل الخیار للاجنبیّ کان کلّ من الفسخ و الامضاء بیده و لا وجه لنفوذ رضاه دون فسخه و یمکن ان اراد صوره کون الاجنبیّ وکیلا عن المبتاع و لم یرض ای لم یمض من دون ان یفسخ و یضمّ هاتین المقدّمتین یصحّ کلامه بخلاف ما اذا لم یکن وکیلا بل جعل له الخیار اصاله کما هو مفروض الکلام فلیس للمبتاع شی ء فی جمیع الصّور او کان

وكيلا و فسخ و فسّر الاستاد ره عباره الوسيله هكذا ان رضى الاجنبىّ و قبل جعل الخيار له نفذ البيع اى ليس لمشترط الخيار للاجنبىّ خيار فى البيع و البيع نافذ فى حقّه من هذه الجهه و ان كان خياريّا بالنّسبه الى الاجنبىّ و ان لم يرض اى لم يقبل الاجنبىّ فالمبتاع بالخيار لتعذّر الشّرط ه

قوله (و معهما او مع احدهما و لو خولف امكن اعتبار فعله)

اراد جعل الخيار للاجنبىّ بوصف الاجتماع و منضمّا مع المتبايعين او احدهما و عليه فان اتّفقا فلا اشكال و لو خولف بان فسخ الاجنبىّ و امضى الاصيل امكن اعتبار فعله و عدم تأثير الامضاء و ايّد المصنّف كلامه بانّه لو امضى الاجنبىّ و فسخ الاصيل لا يؤثّر الامضاء قطعا و مع العكس لو لم يعتبر فسخ الاجنبىّ و اثّر امضاء الاصيل لم يكن لذكره فائده ففائدته اعتباره و يكون معنى العباره انّه لو لم يمض فسخ الاجنبىّ مع اجازه الاصيل و المفروض عدم مضىّ اجازه الاجنبىّ مع فسخ الاصيل لم يكن لذكر الاجنبىّ فائده و يحتمل انّه اراد جعل الخيار للاجنبىّ بوصف الاجتماع و اراد من قوله و لو خولف الاعمّ من فسخ الاجنبىّ و امضائه فان فسخ او امضى امكن اعتبار فعله فى مقابل امكان اعتبار فسخه مع امضاء الآخر و عدم اعتبار امضائه مع فسخ الآخر و على هذا المعنى يكون كلام المصنّف ردّا عليه لانّ مع عدم تقديم قوله مط لا يلزم عدم الفائده فانّ فائده الذّكر ح تأثير فسخه و اعتباره و ان لم يعتبر امضائه و لم يؤثر و احتمل الاستاد ره وجها ثالثا و هو انّه اراد من جعل الخيار للاجنبىّ معهما جعله له مستقلّا و اراد من قوله امكن اعتبار فعله اعتباره مط فسخا او امضاء و يكون كلام المصنّف ردّا عليه بانّ فائده جعل الخيار له ليس اعتبار فعله مط نعم لو لم يمض فسخه مع اجازه الاصيل لكان ذكره بلا فائده لانّ المفروض عدم مضىّ اجازته مع فسخ الاصيل و امّا لو اثّر فسخه فلا يكون ذكره لغوا و هو بعيد جدّا لانّه خلاف ظاهر كلامه مضافا الى انّه لو اراد الخيار على وجه الاستقلال فلا اشكال فى تأثير فسخه و امضائه بمعنى اسقاط حقّ خياره كصوره الانفراد و لا وجه للقطع باعتبار فعله اذا انفرد و امكان اعتباره اذا كان معهما او مع احدهما لعدم الفرق مع ثبوت الخيار مستقلّا

قوله ثمّ انّه ذكر غير واحد انّ الاجنبىّ يراعى المصلحه)

يتمّ الكلام بذكر امور الاوّل التّحكيم انّما يكون جعل سلطان الخيار للاجنبىّ بحيث لا يكون للشّارط خيار الّا اذا اشترط لنفسه أيضا مستقلّا و التّوكيل انّما يكون بجعله للشّارط و انّه و كلّ الغير فى

المباشره الثّانی المشهور بین الاصحاب انّ ظاهر اشتراط الخیار للاجنبیّ هو التّحکیم فانّهم ذهبوا الی انّ فی صوره اشتراط الخیار للاجنبیّ لا یکون للشّارط خیار الّا اذا اشترط لنفسه أیضا و احتمل بعضهم کونه توکیلا و هو ممنوع لوجوه اوّلها انّ الدّلیل علی اصل المسأله هو عموم ادلّه الشّرط و المؤمنون عند شروطهم و مفاده هو الحکم التّکلیفی و وجوب الوفاء بالشّرط و اذا کان شرط الخیار لاحد المتبایعین انتزع منه ثبوت حقّ له علی صاحبه لرجوع الفائده إلیه و أمّا اذا کان اجنبیّا فلا یرجع من الشّرط فائده إلیه و انّما یرجع الی احد المتعاقدین و لا یعقل حدوث حقّ له و انّما هو مجرّد حکم تکلیفی باتّباع نظره و لا نعنی بالتّحکیم الّا هذا ثانیها انّ ثبوت الخیار للاجنبیّ ان کان من باب التّملیک او التّوکیل کان اللّازم ثبوته أوّلا للشّارط الّذی هو احدهما حتّی ینتقل الی الاجنبیّ و المفروض جعله للاجنبیّ ابتداء و ثبوته للشّارط خارج عن مفاد الشّرط ثالثها انّ التّوکیل خلاف ما هو المتبادر من الشّرط و فهمه یحتاج الی قرینه و العرف شاهد علی ذلک الثّالث تظهر الثّمره بین الوجهین فی امور منها ثبوت الخیار للشّارط أیضا علی التّوکیل دون التّحکیم و منها سقوط خیار الاجنبیّ علی التّوکیل بتصرّف موکّله دون التّحکیم لوقوع التصرّف ح من غیر ذی الخیار فلا یسقط به و منها اجتماع شرائط الوکاله ککون الوکیل بالغا عاقلا مثلا علی التّوکیل و منها ثبوت الخیار للموکّل بعد موت الاجنبیّ علی التّوکیل و انتقال الخیار الی وارث الاجنبیّ علی التّملیک و سقوطه رأسا علی التّحکیم لانّه لم یکن ح الّا حکما شرعیّا قائما بموضوع خاصّ وارث الخیار انّما هو فیما ثبت من قبل الشّارع دون ما ثبت بالشّرط من احد المتبایعین و وجب الوفاء به و منها جواز عزل الوکیل فیبطل الخیار و لا یجوز عزل الحاکم

لا یقال کیف یجوز عزل الوکیل مع انّ الوکاله لازمه لاشتراطها فی ضمن عقد لازم

فانّه یقال لزوم الوکاله و عدم جواز العزل بمعنی عدم ترتّب الأثر لا مجرّد الحکم التّکلیفی انّما هو بالنّسبه الی من کان الشّرط علیه فلو شرط صاحبک علیک ان یکون فلان وکیلک علی کذا فی ضمن عقد لازم و قبلت الشّرط لا یجوز لک عزله بخلاف ما لو شرطت ذلک علی صاحبک فکان هو المشترط علیه و انت الشّارط فانّه یجوز لک عزله کما انّه یجوز للوکیل عزل نفسه عن الوکاله بعد قبولها و هذا کما فی عقد الرّهن اللّازم من طرف الرّاهن و الجائز من طرف المرتهن حیث انّ الرّاهن لو اشترط علی المرتهن وکالته او وکاله اجنبیّ فی بیع المال المرهون بعد اجل معلوم جاز للرّاهن عزله و لو کان الرّاهن مشترطا علیه لا یجوز و منها یجوز للشّارط اسقاط خیاره

على التّوكيل فيسقط عن الوكيل و فى جواز اسقاط الخيار على التّحكيم و مضىّ اسقاطه بان يقول الشّارط اسقطت حقّى عن اشتراط كون الخيار للاجنبىّ وجهان بل قولان من انّه حقّ للشّارط فيسقط باسقاطه و كما يجوز اسقاط حقّ خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذا فى الاجنبىّ و لو كان الشّرط للمتبايعين معا بان شرط كلّ منهما على الاخر كون الخيار لزيد فلا يسقط الّا باسقاطهما معا و من انّه بمجرّد الشّرط حصل للاجنبىّ حقّ و لا يسقط باسقاط المشروط له حقّ شرطه لمضىّ الامر بمجرّد اجراء الصّيغه و الاقرب الثّانى فانّ كونه هو الشّارط لا يستلزم ثبوت حقّ له غير ما ثبت للاجنبىّ و منها الاحتياج الى قبول الاجنبىّ على التّوكيل قطعا و بناء على التّحكيم فوجهان اقربهما العدم فانّ الاجنبىّ ح لم يكن طرفا فى عقد و ليس له الّا جواز الفسخ بحسب ما اشترط فى العقد نعم بناء على التّمليك فعدم الاحتياج موقوف على عدم انحصار الملك القهرى بالارث و حصوله فى الوصيّه التّمليكيّه و نحوها من دون حاجه الى القبول و هو فى غايه الاشكال و لا يقاس بملكيّه البطون اللّاحقه فى الوقف المتلقّيه من الواقف بجعل الوقف لانّ تملّك المعدومين بعد الوجود فى وقف التّشريک و الموجودين عند انقراض الاولى فى التّرتيب انّما هو بالتّبعيّه لتملّک الموجودين المتوقّفه على قبولهم صحّه الوقف الّذى مقتضاه التّأبيد و الدّوام و لا بنذر النّتيجه فانّه ممنوع فى التّمليک و ان سلّم فى فکّ الملک للنصّ و عدم المانع كالانعتاق الحاصل بنذر العتق و منها انّه لو كان شرط الخيار لاحد المتبايعين و لاجنبىّ فان كان بوصف الاجتماع فلا اشكال فى عدم التّأثير الّا اذا اجتمعا فى الفسخ او الامضاء و ان كان على نحو الاستقلال فعلى التّوكيل من سبق منهما الى اعماله نفذ و سقط خيار الاخر بلزوم العقد او انفساخه لانّ باعمال الخيار من الاوّل ذهب موضوع حقّ الاخر و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز و على التّحكيم قدّم الفاسخ و لو كان متأخّرا على المجيز لانّ امضاء المجيز انّما يؤثّر من طرف نفسه و حقّ الآخر باق على حاله و لو فسخ انحلّ العقد الرّابع لا اشكال فى وجوب مراعاه الاصلح للموكّل على التّوكيل بناء على المشهور من اعتبار المصلحه فى الوكاله و على التّحكيم فظاهر المتن كما ترى نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظه مصلحه و الاقرب كما هو المشهور رعايتها بل لم يظهر من احد من الاصحاب التّصريح بعدمها سوى عباره س حيث قال و لا اعتراض عليه و ذلک لعدم الدّاعى غالبا الى جعل الخيار للاجنبىّ الّا ارجاع الامر إليه لرعايه مصلحته فالثّابت للاجنبىّ بالجعل مشروط

بها و فى الحقيقه لا يكون جعل الشّارط الّا استيمانا و هـذا هو المراد بقولهم لانّه امين و لا تنافى بين الاستيمان و التّحكيم نعم قد يكون جعـل الخيـار للاجنبىّ من حيث تفويض الامر إليه و جعله بيـده من دون لحاظ رعايه مصـلحه الشّارط كما فى جعل الولد اختيار امر العقد الى والده احتراما و ح لا يجب عليه رعايه المصلحه قطعا و لكنّه يحتاج الى قرينه حاليّه او مقاليّه كما هو ظاهر

قوله او بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس و الشّرط)

الظّاهر انّه اراد من خيـار الشّـرط خيـار تخلّف الوصف للاطلاق عليه كثيرا و لا بأس بالاشاره الى مسائل الاولى انّ صور اشتراط الخيـار كـثيره جـدّا و الجواز فى الجميع عموم ادلّه الشّـرط و قـد نفى فى الكفـايه و الريـاض و كشف الظّلام و الجواهر و غيرها الخلاف فى جواز جعل الخيار للاجنبىّ و قال بعض الاعلام قد يشترط الخيار لاحدهما و لهما و للاجنبىّ واحدا كان او متعدّدا و قد يكون لهما و للاجنبىّ و لاحدهما و للاجنبىّ و على التّقادير فامّا ان يكون زمانه متّصـلا بالعقد او منفصـلا او متّصلا و منفصلا كما اذا جعل فى يومين متّصلين بالعقد و شهر اخر منفصل عن اليومين و على التّقادير فقد يكون زمان الخيار بعضه متّصلا ببعض كشـهر متّصـل و منفصـلا كخمسه عشر يوما من شـهر يوم و يوم لا و قـد يكون مع اتّصال البعض و انفصال البعض كما مرّ و فى صوره التعـدّد قـد يتّصـل البعض بالعقـد و ينفصـل الآخر مع الاتّصال بينهما و مع الانفصال و قـد يتّحـد زمانهما بحسب الوقت و العدد كما فى المتّصـلين بالعقد و المنفصـلين و قد يتّحد بحسب الوقت دون العدد و قد يتّحد بحسب العدد دون الوقت كشـهر و شهر بعـده و أيضا فى صوره كون الخيار المتعدّد قد يكون لهما على سبيل الاسـتقلال و قد يكون لهما على سبيل الاجتماع و قد يتركّب من الاثنين كمـا فى الثّلاثه فيكون لاثنين منهمـا على سبيل الاجتماع و للثّالث على سبيل الاسـتقلال و على التّقادير فقد يكون مشـروطا برضا شـخص اخر ممّن ليس له الخيار او ممّن له الخيار و هـذا غير كون الخيار لهما على سبيل الاجتماع و قـد لا يكون مشـروطا برضا احد و على التقادير فقد يكون الخيار منجّزا غير مشروط بشـى ء و قد يكون معلّقا على شـى ء كردّ ثمن او مثمن او نحو ذلك و قـد يكون لاحدهما المنجّز و للآخر المعلّق و قد يكون لواحد مع اختلاف الزّمانين كان يكون له الخيار فى عشـره ايّام من حين العقـد منجّزا و بعـده الى سـنه او بعـد سـنه معلّقا ثمّ الاجنبىّ المشـروط له الخيار بجميع اقسامه قـد يشترط له الخيـار من قبـل البـائع فقـط او من جـانب المشترى فقـط او من قبلهمـا و على هـذا فقـد يشترط البائع الخيار من جهه للمشترى و بالعكس فيدخلان

تحت الاجنبیّ فی المعنی لانّ اشتراط الخیار له لیس من جهه کونه احد طرفی العقد فله الفسخ من جانب من اشتراط له الخیار و ان لم یکن لنفسه خیار و له اسقاط الخیار من قبله لو جعل له ذلک أیضا دون خیار نفسه ان کان له خیار و قد یکون الاجنبیّ نفس المبیع اذا کان انسانا او الثّمن کذلک علی القول بجواز تملّک العبد او وکالته او مط فاقسام الاجنبیّ بالنّظر الی الدّاخل و الخارج خمسه البائع و المشتری و الثّمن و المثمن و الخارج عن الجمیع انتهی الثّانیه لا بدّ من تعیین الاجنبیّ فلو جعل الخیار لاحد الشّخصین بطل الثّالثه لا بدّ فی صوره جعل الخیار للاجنبیّ أیضا من تعیین المدّه و کذا تعیین المبیع فلو اشترطاه فی احد المبیعین لا علی التّعیین بطل الرّابعه لا بأس باشتراط الخیار بالنّسبه الی بعض المبیع دون بعض من دون فرق بین جعله لهما او للاجنبیّ لعموم الادلّه الخامسه لو اوقع الوکیلان العقد و شرطا الخیار فان شرطاه للموکّلین الّذین وقع العقد لهما صحّ و کذا لو شرطاه لانفسهما و کان باذن الموکّلین لعموم الادلّه

[مسأله یجوز لهما اشتراط الاستئمار]

قوله (ذلک الحقّ علی صاحبه)

الضّمیر راجع الی الصّاحب السّابق و هو المشترط

قوله (فمعناه سلطنه صاحبه)

الضّمیر راجع الی الصّاحب المتقدّم علیه و المعنی سلطنه المشترط علی الفسخ و لو بالواسطه

قوله (فیرجع اشتراط الاستیمار الی شرط)

و هو خلاف المفروض فلا تغفل و لا بأس بالاشاره الی مسائل الاولی لا بدّ من لزوم تعیین مدّه المؤامره و ضبطها للزوم الغرر مع عدمه و الاغراض تختلف باختلاف زمان الخیار خلافا للشّیخ فی ف و حکی مثله عن ط الثّانیه یجری فی الاستیمار ما مرّ فی اقسام الخیار فانّه أیضا قد یکون للبائع و قد یکون للمشتری اولهما او لاجنبیّ عنهما او عن احدهما منفردا او مع البائع او المشتری او معهما متّصلا او منفصلا او متّصلا و منفصلا الی غیر ذلک الثّالثه الظّاهر انّه لا یشترط تعیین المستامر بالفتح بشخصه و باسمه فلو استومر من کان خلف الجدار او احد الشّخصین او واحد من المحصورین لا بأس به بل لا یبعد الصحّه لو استومر کلّ من استأمراه فامر لعدم لزوم الغرر بجهالته الرّابعه لو تعدّد المستامر بالفتح و اختلفا فامر احدهما بالفسخ و الاخر بالامضاء فالظّاهر انّ مع الاطلاق یقدّم امر الفاسخ و لو اشترط تقدیم احدهما او سقوطهما عن الاعتبار فی صوره الاختلاف تعیّن

[مسأله من أفراد خیار الشرط: ما یضاف البیع إلیه، و یقال له: «بیع الخیار»]

قوله (قلت أ رأیت لو کان للدّار غلّه الخ)

قال المجلسی ره انّه یدلّ

على انّ النّماء فى زمن الخيار للمشترى فهو يؤيّد المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار و انّما كان التّلف من المشترى لانّ الخيار للبائع فلا ينافى المشهور ه

قوله (و كان بينه و بين الرّجل الّذى اشترى الدّار منه خلطه)

و فى الوسائل و الوافى ابدل كلمه خلطه بلفظه حاصر و الحاصر الجدار اى كان جارا له

قوله (قد اصاب فى هذا المال)

اى ادرك منافعه

قوله (و عن ابى الجارود عن ابى جعفر (ع)

هذه الرّوايه ظاهره فى اشتراط ردّ المبيع لا ردّ الثّمن الّا ان يقال انّ البيع فى المقامين بمعنى الشّراء فانّه من الاضداد و يحتمل ضعيفا ان يكون فيهما بمعناه المعروف و يكون المراد من الرّوايه خيار الاشتراط و يكون الشّرط متعلّقا باتيان المشترى الثّمن فى وقت معيّن او بشرط آخر كخياطه ثوب فان اتى بالثّمن الّذى هو مال البائع او اتى بما جعل البائع من شرط خياطه الثّوب و الّا اخذ البائع ما باعه و على ايّ من المعانى كون المبيع لاحدهما بالاتيان و عدمه لا يكون دليلا على حصول الملك بانقضاء الخيار لانّ معنى كونه لاحدهما هو اختصاصه به و عدم جواز الردّ عن الاخر ثمّ لا يبعد ظهور هذه الرّوايه على ايّ من المعانى فى الوجه الرّابع كالرّوايه الثّانيه و امّا الرّوايه الاولى فلا يبعد ظهورها فى الوجه الثّانى كالرّوايه الثّالثه و جعل المصنّف ظاهرهما الوجه الثّالث و لكنّ الانصاف انّ الاخبار المذكوره و كذا عبائر الاصحاب لا ظهور لهما فى خصوص قسم من الوجوه الخمسه و يصحّ التمسّك ح بإطلاقات الاخبار و عمومها النّاشئه عن ترك الاستفصال فيها على صحّه الوجوه باجمعها و مع المناقشه فى ذلك فالمرجع عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشّروط

قوله (الخامس ان يكون ردّ الثّمن شرطا)

و ذكر بعضهم وجها سادسا و هو اشتراط بيعه عليه اذا جاء بمقدار الثّمن و لا بأس به و لكن مورد كلام المصنّف هو البيع بشرط الخيار مدّه بان يردّ الثّمن فيها و يرتجع المبيع و هذا غير اشتراط البيع عليه

قوله (و مرجعه الى احد الاوّلين)

اى مرجع ما فهمه الاصحاب و المتعارف بين النّاس أيضا يرجع الى احدهما خصوصا الثّانى فانّ الغالب هو جعل الخيار من أوّل السنه الى اخرها مثلا بشرط ان يكون الفسخ مقيّدا بردّ الثّمن و لكن فى ارجاع ما فهمه الاصحاب الى خصوص الاوّلين تامّل لعدم ظهور يعتدّ به فى عبائرهم

قوله (لكنّ الظّاهر صحّه الاشتراط بكلّ من الوجوه)

ما يستشكل به فى المقام امور الاوّل الاشكال فى الجميع من حيث التّعليق و من حيث الجهل بالمعلّق عليه

و هو حصول الردّ و فيه انّ الـدّليل على بطلانه هو الاجماع و مورده العقود لا الشّـروط الواقعه فى ضـمنها و التّعليق مبطل لو رجع الى إنشاء العقـد و التّرديد فيه لا فيما كان العقد منجّزا و اشترط الخيار او الردّ ان كان كذا و لا حاجه الى دفع اشـكال التّعليق بانّ مرجعه الى التّوقيت بمعنى اشتراط الخيـار فى وقت كـذا و بمـا ذكر يرتفع اشـكال الجهـاله فانّها ليست الّا من حيث التّعليق الثّانى الاشـكال فى الوجه الثّانى بجهاله زمان الخيار و جواز الفسخ و فيه انّ الجهاله صادقه لو لم يعيّن مدّه لردّ الثّمن و علّق الفسخ عليه ایّ وقت كان و المفروض فى الوجه الثّانى هو جعل الخيار و جواز الفسـخ معلّقا بردّ الثّمن فى ایّ وقت من المدّه المضـروبه الّتى اوّلها العقد و اخرها تمام السنه و ليس هذا من الجهاله فى شى ء الّا ما عرفت فى الاشكال السّابق الثّالث الاشكال فى الوجه الرّابع من جهه اصاله عدم تحقّق الغايه الّا بما علم كونه سببا لها و عموم المؤمنون عند شروطهم و نحوه لا يجرى هنا لعدم كون الشّرط فعلا يسـتحبّ الوفاء به و فيه ما سـيجى ء فى حكم الشّـرط الصّحيح من انّ الوفاء لا يختصّ بفعل ما شرطه بل يشمل ترتّب الآثار عليه فمقتضـى عموم دليل الشّـروط صحّه شرط النّتيجه و سببيّه الشّرط للانفساخ و لا مانع من صحّه اشتراط الغايات الّتى لم يعلم من الشّارع اناطتها باسباب خاصّه

فان قلت انّ بيع الـدّار و اشتراط إنشاء الفسخ بالردّ كما هو مفاد الوجه الثّالث لا اشـكال فيه و امّا بيعها و اشتراط انفساخه بردّ مثل الثّمن امّا يرجع الى شرط انفساخ العقد بنفسه و بلا سبب بدون إنشاء فعلىّ او قولىّ فهو باطل لانّه مخالف للكتاب و السنّه الدّالّين على توقّف المسبّبات على اسبابها و امّا يرجع الى انّ نفس اشتراط الانفساخ إنشاء للفسـخ فهو يوجب انفساخ البيع بهذا الشّـرط فلا بيع حتّى يشترط فى ضـمنه انفسـاخه بردّ مثل الثّمن و بالجمله يجب ان يكون البيع محقّقا ثابتا حتّى يشترط فى ضـمنه شـرطا سائغـا كملكيّه شـى ء غير العوضـين بناء على عـدم اعتبار حصولها من سـبب خاصّ كالزّوجيّه و الطّلاق المتوقّف حصولهما على اسباب خاصّه و أمّا اذا كان البيع منفسخا بالشّرط الحاصل فى ضمنه فلا يعقل تأثير هذا الشّرط فى الملكيّه و ردّ المبيع الى البائع

قلت نختار الشقّ الثّانى و انّ اشتراط الانفساخ حين الردّ إنشاء حال العقد لسـبب الانفساخ حال الردّ و ليس المقام من جعل الخيار حتّى يحتاج الى إنشاء للفسخ بعد العقد و سمعت انّ مرجع ثبوت الخيار فى هذا الوجه الى كونه مسلّطا على سبب

الانفساخ لا على مباشره الفسخ و لا يوجب هذا الشّرط انفساخ البيع حين العقد لانّ ظرف حصول الانفساخ على تقدير الردّ متأخّر عن حال العقد فالبيع و شرطه فعليّ و الانفساخ على تقدير استقباليّ نعم لو كان المنشأ هو الانفساخ حين البيع كان باطلا قطعا و صحّ ان يقال لا بيع حتّى ينفسخ لانّه يلزم من وجوده عدمه و لكن اين هذا من شرط الانفساخ حين ردّ الثّمن و كما انّ اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد مؤكّد لتحقّق العقد فكذا اشتراط انفساخه حين ردّ الثّمن مؤكّد لتحقّق البيع فعلا لا انّه رافع له حين العقد

فان قلت لو سلّم ما ذكرتم من انّ الانفساخ متأخّر و المقارن للعقد هو ظرف الانشاء الّا انّه يجب ان يكون الشّارط مالكا لهذا الشّرط كالبائع اذا باع و ارتهن قبل قبول المشترى و كمن و كلّ شخصا فى نكاح زوجه و طلاقها و رجوعه إليها ثمّ طلاقها فانّ فى هذه الموارد واقع النّكاح مقدّم على واقع الطّلاق و انشائه كذلك أيضا فهو مالك للانشاء المترتّب على إنشاء آخر فكما انّ واقع المترتّب فى ظرف حصول المترتّب عليه متأخّر فكذلك انشائه و هكذا جعل الخيار فى ضمن العقد او شرط السّقوط فى ضمنه فانّ التزام الموجب حاصل بنفس ايجابه فله اسقاطه و هذا بخلاف انفساخ العقد فانّه لا يملكه

قلت اللّازم ان يكون الشّارط مالكا للشّرط ليصحّ انشائه منه لا المشروط فانّ الّذى هو جزء للمبيع فى الحقيقه هو نفس الشّرط و الالتزام و إنشاء الالتزام بالانفساخ كاف فى الصحّه و اىّ فرق بين البيع بشرط الانفساخ حين ردّ مثل الثّمن و البيع بشرط كون المبيع رهنا قبل قبول المشترى فكما لا يملك البائع انفساخ العقد فكذا لا يملك كون المبيع رهنا عنده و الّذى يقدر عليه هو نفس إنشاء الشّرط هذا مضافا الى عدم لزوم تعلّق إنشاء بخصوص الشّرط الواقع فى العقد نعم اذا كان المشروط فعلا لاحد المتعاقدين كالفسخ مثلا لزمه إنشاء الفسخ و أمّا اذا لم يكن فعلا لاحدهما كالانفساخ فيكفى تعلّق الانشاء بالبيع الّذى ضمّ إليه الشّرط و يكون فى الحقيقه التزاما بيعيّا بالانشاء و التزاما شرطيّا فى ضمنه من دون حاجه الى إنشاء فليس للشّرط الواقع و تحقّق مضمونه من سبب خاصّ و إنشاء كذلك و يكون المصحّح هو نفس الشّرط تمسّكا بعموم المؤمنون عند شروطهم و لا بأس بنقل ما سيجى ء فى المتن فى حكم الشّرط الصّحيح فى دفع دعوى اختصاص دليل المؤمنون عند شروطهم باشتراط فعل يسحب الوفاء به و هو انّ الوفاء لا يختصّ بفعل ما شرط بل يشمل ترتّب الآثار عليه نظير الوفاء بالعهد و يشهد له تمسّک الامام (ع) بهذا العموم فى موارد

كلّها من هذا القبيل كعدم الخيار للمكاتبه الّتى اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابه مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق مضافا الى كفايه دليل الوفاء بالعقود فى ذلك بعد صيروره الشّرط جزء للعقد الخ و بالجمله فالمقصود انّ قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم مبيّن لعدم الحاجه الى سبب خاصّ و اللّازم هو وجوب ترتيب الاثر بمجرّد الشّرط

فان قلت الاصل فى المعاملات عدم الصحّه و عدم ترتّب الأثر فيما شكّ فى صحّته و فساده عقدا كان او شرطا

قلت المدّعى هو الصحّه بمقتضى عموم المؤمنون عند شروطهم و ليس اشتراط الانفساخ حين الردّ مخالفا لمقتضى العقد مثل اشتراط عدم الاستمتاع بالزّوجه اصلا حتّى النّظر إليها و لا مخالفا للكتاب و السنّه مثل اشتراط رقيّه حرّ او توريث اجنبىّ و المراد من المخالفه لهما هو المخالفه لما هو الموجود فيهما من العموم و الاطلاق و الاصول و لم يدلّ احدهما على عدم تحقّق الغايات الّا باسباب خاصّه الّا فى موارد خاصّه كالزوجيه و الطّلاق و ستسمع فى المتن أيضا فى حكم الشّرط الصّحيح انّ توقّف الملك و شبهه على اسباب خاصّه دعوى غير مسموعه و كذا ليس اشتراط الانفساخ من الشّرط الغير المقدور عليه لانّ الغرض من اشتراط القدره كما ستعرفه هو الاحتراز عن اشتراط فعل يكون مستندا الى غير العاقد كافعال اللّه سبحانه مثل بيع الزّرع على ان يجعله سنبلا او فعل صادر من غير المتعاقدين ممّا لا يكون منوطا بإراده المشروط عليه مثل ما لو باعه متاعا و اشترط عليه ان يخيط له عمرو ثوبا و امّا ما كان فعلا لاحدهما بالواسطه كالافعال التّوليديّه او كان ممّا يكفى فى تحقّقه كلّ سبب حتّى نفس الاشتراط كالانفساخ حين الردّ فلا اشكال فى صحّته الرّابع الاشكال فى الوجه الخامس بلزوم الدّور و سيجى ء الكلام فى هذا الاشكال أيضا فى شروط الصحّه

قوله (بناء على انّ اشتراط الردّ بمنزله

فشرط الخيار هو الردّ المسبوق بالقبض لا انّ له الخيار و اشتراط الردّ على تقدير القبض و لا يخفى انّ هذا الاحتمال يتمّ مع قيام قرينه حاليّه او مقاليّه على مدخليّه الردّ فى جعل الخيار و الّا فالظّاهر انّ الردّ يؤخذ طريقا الى وصول المشترى الى ماله

قوله (ردّ القيمه فى المثلى و بالعكس وجهان)

من عموم دليل الشّرط و من انّ الفسخ مقتض لردّ البدل لا غيره و لا يبعد ترجيح الاوّل لانّه اذا لم يكن الردّ فسخا فعليّا بل كان معلّقا عليه الخيار ففى هذه الصّوره لا اشكال لانّ المردود الى المشترى ح امانه عنده و اذا فسخ البائع لزم التّراضى بينهما بكون المردود بدلا عن عوض المبيع الّذى يصير ملكا

للمشترى بعد الفسخ و هو المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى و ان شئت قلت انّ الشّرط المذكور بمنزله معامله جديده تقع بعد الفسخ و اذا كان الردّ فسخا فعليّا بان كان الفسخ معلّقا عليه فمرجع اشتراط ردّ القيمه فى المثلى مثلا الى الرّضا بالماليّه و اسقاط الخصوصيّه العينيّه ففى الحقيقه قد اشترط البائع على المشترى شرطين الاوّل اصل الخيار و الثّانى اسقاط الخصوصيّه و شرط مالكيّه كلّ منهما لما يصل إليه من مال الاخر و اطلاق شرط الخيار كان يقتضى ردّ المثل فى المثلىّ فى صوره التّلف مثلا و بالشّرط الثّانى يقيّد الاطلاق و ممّا ذكرنا تقدر على دفع الاشكال عن صوره قبض الثّمن المعيّن و اشتراط ردّ ما يعمّ بدل العين و لو مع التمكّن منها

قوله فيبقى الخيار فى اتلاف غيره على حاله)

و يرجع الى المثل او قيمتها يوم التّلف او قيمتها يوم الردّ و وجه النّظر منع كون اشتراط ردّ العين فى الخيار يفيد سقوطه باتلاف البائع فقط

قوله (و ناقش بعض من تاخّر عنه)

هو صاحب الجواهر

قوله (الّا ان يمنع شمول تلك القاعده للثّمن)

قد منع عن ذلك صاحب الجواهر عند الكلام فى احكام الخيار بعد نقل الحاق الثّمن بالمبيع عن بعضهم و قال ما هذا نصّه و هو من غرائب الكلام ضروره كون النصّ و الفتوى فى خصوص المبيع دون الثّمن بل ظاهر خبر معاويه بن ميسره من اخبار اشتراط الخيار بردّ الثّمن انّ تلف الثّمن من البائع و انّه ملكه و ان كان الخيار له ه و اجاب المصنّف بانّ خبر معاويه غير متعرّض لتلف الثّمن اصلا و ليس فيه الّا انّ نماء الثّمن للبائع و تلف المبيع من المشترى فلا يكون فيه ما ينافى كون تلف الثّمن على المشترى لقاعده انّ التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له نعم المخالف لقاعده التّلف فى زمان الخيار قاعده الخراج بالضّمان بضميمه الاجماع على كون النّماء للبائع او بضميمه الخبر المذكور حيث يدلّ على كون نماء الثّمن للبائع بيان المخالفه انّ قاعده الخراج بالضّمان ح تقتضى كون التّلف من البائع الّذى له النّماء اقول العمده فى المقام هو اثبات عموم قاعده كون التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له للثّمن و هو محلّ اشكال بل منع فانّ مورد النصّ و الفتوى هو المبيع و دعوى استفاده انّ المناط هو تزلزل العقد و هو مشترك بين المبيع و الثّمن فانّ من ادلّه هذه القاعده صحيحه ابن سنان عن الرّجل يشترى العبد او الدابّه بشرط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابّه او يحدث فيه حدث على من يكون ضمان ذلك فقال على البائع حتّى ينقضى الشّرط ثلاثه

ایّام و یصیر المبیع للمشتری شرط له البائع او لم یشترط قال و ان کان بینهما شرط ایّاما معدوده فهلک فی ید المشتری فهو من مال البائع الحدیث و جمله حتّی ینقضی الشّرط ثلاثه ایّام و یصیر المبیع للمشتری تدلّ علی انّ المناط فی کون الخیار للبائع هو تزلزل العقد و انّ استقرار الملک یوجب ثبوت التّلف علی المالک فما دام الملک متزلزلا و للمالک ردّه لا یستقرّ ضمانه علیه و هذا المناط یجری فی جمیع الخیارات و لا فرق فیه بین الثّمن و المثمن دعوی غیر مسموعه لانّ الجمله المذکوره غایه لثبوت تلف المبیع فی زمان الخیار لا علّه فلیس من المناط القطعی و لا الظنّی و لو سلّم شمول القاعده للثّمن فهو مختصّ بتلف الثّمن الشّخصی بالتّلف السّماوی او ما هو بمنزلته کما اذا وجب علیه الاتلاف شرعا و باتلاف من علیه الخیار او الاجنبیّ و امّا اتلاف ذی الخیار او تلف المقبوض من الثّمن الکلّی فلیس ضمانه علی من لا خیار له و تمام الکلام فی احکام الخیار إن شاء اللّه تعالی و الّا فعلی فرض عموم ادلّه قاعده التّلف فی زمان الخیار للثّمن و اطلاقها لا مانع من اعمالها و لا وجه لمخالفتها لقاعده الخراج بالضّمان و لو منضمّه الی الاجماع علی کون النّماء للمالک و ذلک لما مرّ منّا فی الامر الثّالث من الامور المتفرّعه علی القبض بالعقد الفاسد من انّ الظّاهر کون المراد من الضمان فی قاعده الخراج بالضّمان هو المعنی المصدریّ و هو جعل الضّمان و المعنی ح انّ تملّک المنافع و استحقاقها بسبب التعهّد بالعین و تعهّد ضمانها سبب لاستحقاق المنافع و قد اوضحنا انّ التقبّل بتعهّد شیء یلزمه کون منافعه له لا الحاصل من المصدر و هو کون المال فی عهده الضّامن من سواء کان بجعل منه او من الشّارع فانّ کون المنفعه بإزاء الضّمان انّما یناسب المقابله للضّمان الجعلی لا القهری کما فی قضیّه من علیه الغرم فله الغنم فراجع حتّی یتبیّن لک انحصار مورد قاعده الخراج بالضّمان فی التّضمین الجعلی المالکی الّذی أمضاه الشّارع و لا تشمل موارد قاعده التّلف فی زمان الخیار لانّ الضّمان الثّابت بها علی من لا خیار له انّما هو بجعل شرعیّ و تعبدیّ صرف و لیس بجعل مالکیّ و وجّه بعض الاعاظم عدم مخالفه قاعده التّلف فی زمان الخیار بناء علی تعمیمها للثّمن لقاعده الخراج بالضّمان بحکومه الاولی علی الثّانیه لانّ معنی کون التّلف علی غیر ذی الخیار انّه ینفسخ البیع قبل التّلف انا ما لیکون التّلف فی ملک من لا خیار له و مقتضی قاعده الخراج انّ الضّمان علی المالک و علی ایّ حال فدعوی صاحب الجواهر من اختصاص قاعده کون التّلف فی زمان الخیار ممّن لا خیار له بالمبیع دون الثّمن و انّ مقتضی القاعده من

جهه کون الثّمن فی ملک البائع کون التّلف علیه فی غایه المتانه و الجوده و امّا ما ذکره من انّ ظاهر خبر معاویه انّ تلف الثّمن من البائع و انّه ملکه و ان کان الخیار له فمن المحتمل جدّا ان یکون من جهه انّ قول الامام (ع) له شرطه فی جواب السّؤال عن فشرط انّک ان اتیتنی بمالی ما بین ثلث سنین فالدّار دارک فاتاه بماله یدلّ بإطلاقه علی بقاء الخیار للبائع و انّ له ردّ مال المشتری و استرجاع داره فی المدّه المعلومه و هی ثلث سنین سواء بقی الثّمن الشّخصی او الفرد المقبوض من الکلّی او تلف و لو کان تلف الثّمن علی المشتری امتنع ح العمل بالشّرط و هو ردّ مال المشتری و استرجاع المبیع فی هذه الصّوره فانّ لازم کون التّلف علیه انفساخ العقد و من الظّاهر الّذی لا غبار علیه انّ المراد من ان اتیتنی بمالی و کذلک من فاتاه بماله لیس هو عین المقبوض من الثّمن الشّخصی او الفرد من الکلّی و توهّم انّه لو بنی علی اعمال قاعده التّلف فی زمان الخیار فی تلف الثّمن لزم انفساخ العقد لیکون التّلف من المشتری و هذا یصدق علیه ما فی الرّوایه من سؤال ابی الجارود فشرط انّک ان اتیتنی بمالی ما بین ثلث سنین فالدّار دارک فاتاه بماله لانّه اذا انفسخ العقد فکانّ البائع ردّ مال المشتری و اتاه بماله لیکون التّلف علیه مدفوع بانّ الظّاهر من الرّوایه سؤالا و جوابا هو الرّدّ الی المشتری من حیث الشّرط و هو لا یکون الّا مع ردّ عین الثّمن او بدله اختیارا لا ما کان بسبب الانفساخ و صیروره الثّمن ملکا للمشتری آنا ما لیکون التّلف علیه فمع الانفساخ و کون تلف الثّمن علی المشتری یمتنع العمل بالشّرط مع انّ الرّوایه بإطلاقها دالّه علی انّ للبائع ردّ مال المشتری و استرجاع المبیع و علیک بالتّامل فی الرّوایه من حیث السّؤال و جواب الامام (ع) بقوله له شرطه ثمّ انّ ما فی المتن من انّ روایه معاویه لیس فیها الّا انّ نماء الثّمن للبائع و تلف المبیع من المشتری فهو مبنیّ علی انّ المراد من الرّجل فی قول ابی الجارود فانّ هذا الرّجل قد اصاب فی هذا المال هو البائع و المراد بالمال هو الثّمن و قد احتمل بعض السّاده الاعلام طاب ثراه ان یکون المراد من الرّجل المشتری و من المال الدّار و قال انّ قوله (ع) أ رأیت لو انّ الدّار احترقت من مال من کانت تکون الدّار دار المشتری بمنزله التّعلیل لما ذکره من حکم النّماء و هو لا یتمّ الّا اذا کان المراد من المال هو الدّار اذ لا یصحّ کون تلف المبیع من المشتری تعلیلا لکون نماء الثّمن للبائع فهو قرینه علی انّ المراد من الرّجل هو المشتری و من المال المبیع

قوله (و انّما المخالف لها)

ای لقاعده التّلف فی زمان الخیار

قوله (نعم الاشکال فی عموم تلک القاعده)

ای التّلف فی زمان الخیار

[مسأله لا إشکال و لا خلاف فی عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع و جریانه فی کلّ معاوضهٍ لازمهٍ]

قوله (و الکبری فی

الصّغريين ممنوعه)

لا يخفى انّ منع الكبرى الاولى و هى انّ كلّ ما يشترط فيه القربه لا يجوز اشتراط الخيار فيه ينافى ما سيذكره من انّ الاقوى عدم دخول الخيار فى الصّدقه لعموم ما دلّ على انّه لا يرجع فيما كان للّه الّا ان يقال انّ غرضه فى المقام منع اشتراط القربه فى صحّه الوقف و ان كانت شرطا فى الثّواب

قوله (و فى دلالتها على المدّعى تامّل

و ذلک من جهتين الاولى اجمال الرّوايات من حيث انّ موردها هل هو شرط العود او الخيار و احتمال ان يكون المراد ممّا فيها من الاحقيّه بالمال بالنّسبه الى الموقوف عليهم عند الحاجه هو شرط العود و الرّجوع ملكا عند الحاجه مساو لاحتمال ان يكون المراد منها شرط خيار العود و إراده الاحقيّه بالمال على تقدير إراده الرّجوع و يحتمل ان يكون المراد منها اشتراط الاحقيّه فى الانتفاع بالوقف مع بقائه على الوقفيّه فالمفروض خارج عن شرط العود قهرا او شرط الخيار و يكون ذلک من فروع الوقف على النّفس الثّانيه الاجمال فى الجواب من حيث انّ الحكم بالرّجوع الى الميراث هل هو من حيث صحّه الشّرط المذكور و انّ الرّجوع فى الميراث كان بعد تحقّق الحاجه و عوده ملكا للواقف او من حيث فساد العقد رأسا و رجّح جماعه إراده الوجه الاوّل و حكموا بالصحّه حبسا و يمكن دفع الثّانيه بانّه لو سلّم ظهور الرّوايات فى ورودها فى شرط الفسخ عند الحاجه فاحتمال انّ الرّجوع فى الميراث كان بعد تحقّق الغايه و عوده ملكا للواقف خلاف الظّاهر فانّ اطلاق كلامه (ع) فى الجواب من دون تقييد بما اذا احتاج ظاهر فى بطلان الشّرط او العقد

[الرابع خيار الغبن]

اشاره

قوله (و لو شکّ فى ذلک كفى فى عدم الخ)

قد تكرّر منه طاب ثراه هذا الكلام فى فروع المقام و هو مخالف لما يذكره فى بحث الشّروط من التمسّک بعموم الشّروط مع الشّک

قوله (و ذكر فيهما أيضا دخول الخيار فى الصّداق)

الظّاهر اتّفاق كلمه الاصحاب على ذلک و يدلّ عليه عموم دليل الشّروط و ليس فى المقام منافيا لمقتضى العقد لانّ ذكر الصّداق ليس شرطا فى صحّه العقد الدّائم و شرط الخيار فى الصّداق غايته فسخ الصّداق و صيروره العقد خاليا عنه و قد جوّزوا ذلک كما فى المفوّضه بضعها و امّا التّعليل للجواز بمشروعيّه الفسخ فيه فيما اذا زوّجها الولىّ بدون مهر المثل فهو كما فى المتن منظور فيه لانّ تزويج الولىّ بدون مهر المثل قد يكون خيانه و تفريطا و جواز فسخ المعقود عليها ح لا يستلزم دخول خيار الشّرط فيه اذا باشرت العقد بنفسها

[الاستدلال بلا ضرر و لا ضرار]

قوله (فالمبذول غرامه لما فات على المغبون)

اى على الاحتمالين امّا على الثّانى فواضح و امّا على الاوّل فلانّه ليس الغرض

منه ما هو الظّاهر منه فى بادى النّظر و هو ردّ الثّمن بعينه فى خصوص المقدار الزّائد فانّه من الجمع بين جزء المعوّض و تمام العوض قطعا و سيصرّح بانّ كلّا من الاحتمالين ليس من هذا القبيل بل الغرض ردّ الزّائد من باب الغرامه و يكون الفرق بين الاحتمالين انّ على الثّانى يكون للغابن اختيار الفسخ دون الاحتمال الاوّل و الّا فمن حيث انّ مع ردّ الزّائد يكون من الغرامه لا فرق بينهما

قوله و حاصل الاحتمالين عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن)

و حاصل كلامه قدّس سرّه انّ نفى الضّرر لا يعيّن الخيار للمغبون بين الردّ و الامضاء بكلّ الثّمن و ذلك لانتفاء الضّرر أيضا بوجهين آخرين فالامر دائر بين الوجوه الثّلاثه و لازم الوجهين الآخرين عدم خيار المغبون مع بذلك الغابن للتّفاوت و بعباره اخرى نفى الضّرر يوجب الخيار على تقدير عدم بذل الزّياده ثمّ قال انّ تدارک ضرر المغبون باحد الاحتمالين المذكورين اولى من اثبات الخيار له لانّ فيه الزام الغابن بالفسخ و هو ضرر عليه لانّه مناف لغرضه الّا ان يعارض بضرر اخر على المغبون على الوجهين الآخرين و هو فيما لو كان غرضه تملّك عين ذات قيمه و لزوم البيع على ذات القيمه اليسيره مناف لغرضه ح و ضرر عليه و لو مع ردّ الزّياده من الثّمن إليه و الاقوى ما عليه المشهور امّا أوّلا فللاجماع القائم على ثبوت الخيار للمغبون و عدم القائل بالارش كما عرفت فى صدر المبحث و لم ينقل عن احد دفع الضّرر بالارش الّا عن العلّامه ره فى كره و عد و ذلك على نحو الاحتمال و امّا ثانيا فلانّ قاعده الضّرر ينفى الحكم الضّررى اى الحكم الّذى يجى ء من قبله الضّرر و لا يثبت حكما كالضّمان و تدارک الضّرر مثلا و الحكم الضّررى فى المعامله الغبنيّه هو اللّزوم و ردّ الزّياده و بذلها اجنبيّ عن مفاد القاعده و ذلك لانّ لا ضرر بعد حمله على إنشاء النّفى يكون حاكما على الاحكام الوجوديّه وضعيّه او تكليفيّه و نتيجه هذه الحكومه رفع كلّ حكم ثابت للموضوع الضّررى الّذى لو لم يرفع يستلزم وقوع المكلّف من قبل الشّارع فى الضّرر و لا يقتضى نفى الضّرر حكومه على الاحكام العدميّه فاذا لزم من عدم الحكم فى موضوع ضرر على شخص لا يكون لا ضرر نافيا لهذا العدم بان يثبت حكما و بالجمله نفى الضّرر ينفى حكما كان ثابتا و لا يثبت حكما لم يكن ثابتا و على هذا فعدم الضّمان و الارش و تدارک الخساره و امثالها ليست مرفوعه بنفى الضّرر لانّها ليست من الاحكام المجعوله و لا معنى للحكم بثبوتها بنفى الضّرر اذا لم يدلّ احد اسباب الضّمان على ثبوتها فردّ الزياده على احد الوجهين و ان كان رافعا للضّرر الّا انّ عدمه ليس من الاحكام المجعوله للبيع حتّى يكون مرفوعا بالقاعده و قد يتوهّم انّ مع

البـذل و ردّ الزّياده لا ضـرر حتّى يكون اللّزوم منفيّا فالخيار و تزلزل العقد بنفى الضّـرر مقيّد بصوره عدم البذل و ليس على وجه الاطلاق و هو مـدفوع بانّ لزوم البيع لمّا كان مرتفعا بنفى الضّـرر ثبت جواز الفسـخ و تـدارك الضّـرر بردّ الزّياده لا يؤثّر فى رفع الحكم الضّـررى فثبوت الخيار لنفى اللّزوم غير مقيّد بصوره دون اخرى نعم لو كان معنى لا ضـرر نفى تحمّل الضّـرر صحّ القول بـانّ مقتضـاه رفع المغبون الضّـرر عن نفسه و ذلـك كمـا يكون بالخيـار بين الردّ و الامضاء بكلّ الثّمن كـذلك يكون بالوجهين الآخرين و لو كـان معنـاه نفى اضـرار الضـارّ و وجوب التّـدارك عليه كـان مقتضاه ثبوت الخيار للغابن بين ردّ العين و تـدارك الضّرر

قوله (انّ الشّک فى اندفاع الخيار بالبذل)

هـذا بنـاء على الشـكّ فى كون البـذل فى عرض الخيار و احتمال انّ الخيار مقيّـد بصوره عـدم البـذل فانّ الشّک ح لم يكن من الشّک فى الرّافع بـل شـكّ فى ثبوت اصـل الخيار من حين العقـد بعـد تعقّبه بردّ الزّياده و قـد عرفت دفعه و انّ رفع اللّزوم بنفى الضّرر ليس على وجه التّقييد

[مسأله ما يشترط فى خيار الغبن]

قوله (و لو اقدم عالما على غبن يتسامح به)

ذكر قـدّس سـرّه صورا ثلث امّا الاولى فقـد يوجّه عدم الخيار فيها بانّ المقدار الّذى اقدم عليه لا اثر له باقدامه و المدار فى ثبوت الخيـار ح على كون مـا جهـل به من الزّيـاده ممّا لا يتسامـح به و لا وجه لجعل المـدار على المجموع منه و من المعلوم و الاقرب الخيار لانّ اقدامه على ما تسامح به كان مقيّدا به و اذا زاد عليه فلا بدّ من ملاحظه المجموع و الفرض انّه لم يقدم على ذلک فامّا لو اقدم على غبن يتسامح به فبان ازيد بما لا يتسامح به منفردا فلا اشـكال فى ثبوت الخيار و امّا الثّانيه و هى انّه لو اقدم على ما لا يتسامـح به فبان ازيد بما يتسامح به منفردا فالاقرب عدم الخيار فانّه اقدم على ما كان سـببا للخيار و ما لم يقدم عليه من الزّياده لا يكون سببا للخيار و هذا بخلاف الصّوره الاولى لانّ سبب الخيار فيها و هو المجموع لم يقدم عليه و لذا لم يكن الخيار فيها بعيدا و امّا الثّالثه و هى انّه لو اقدم على ما لا يتسامح فبان ازيد بما لا يتسامح به منفردا فالاقرب ثبوت الخيار

قوله و يحتمل عدم الخيار ح لانّ التّدارک حصل)

و فيه انّ تدارک الضّرر لا يؤثّر فى خروج المعامله عن كونها غبنيّه حال العقد و الفرض انّ الغبن الواقع حال العقد قد اثّر فى رفع اللّزوم لانّ تدارک الضّـرر لا يرفع السّـبب و هو الغبن و لا المسبّب و هو رفع اللّزوم الحاصلان حين العقد و القياس ببرء المعيوب قبل الاطّلاع على عيبه لا وجه له لما سيجى ء فى خيار العيب من انّ ظاهر ادلّه الردّ هو ردّ المعيوب و هو المتلبّس

بالعيب لا- ما كان معيوبا فى زمان فمع الخلوّ من العيب حال الردّ لا- يكون معيوبا و فى المقام لا يكون الردّ معلّقا على عنوان المتلبّس بالغبن و ذلک واضح

قوله (و اشكل منه ما لو توقّف الملك على القبض)

اى فى احتمال عدم الخيار و قد عرفت فى خيار المجلس انّه لو لم يكن القبض واجبا و قلنا بكون وجوبه شرطيّا فالظّاهر انّه لا وجه لتعلّق الخيار بالعقد قبل القبض و عليه فلو ارتفع الغبن قبل القبض لا خيار قطعا لانّ الملك قد انتقل ح الى المغبون من دون نقص فى قيمته و امّا بناء على القول بوجوب القبض بمجرّد العقد يثبت الخيار لثبوت الضّرر بوجوب اقباض الزّائد فى مقابل النّاقص و عليه فلو ارتفع الغبن قبل القبض و اطّلع على الغبن أيضا قبله جرى فيه ما ذكره من احتمال عدم الخيار و لو ارتفع الغبن بعد القبض و قبل العلم او ارتفع قبل القبض و اطّلع عليه بعد القبض فلا فرق بين الصّرف و السّلم و غيرهما من المعاملات الّتى لا يتوقّف الملك فيها على القبض اذا علمت ذلک فاعلم انّ السيّد الطّباطبائى طاب ثراه قال فى الحاشيه و بالجمله الفرق بين القول بوجوب التّقابض و عدمه انّما يثمر لو كان الاطّلاع على الغبن قبل القبض و اريد الفسخ ح و الّا فلا فرق بينهما لو كان المراد الفسخ بعده و ظاهر كلام المصنّف صوره كون الاطّلاع بعد القبض فلا وجه لقوله نعم الخ انتهى و لا اشكال فى انّ ما ذكره من الفرق انّما اراد به صوره ارتفاع الغبن قبل القبض و كون الاطّلاع أيضا قبله و ذلک لظهور انّ بعد القبض لا- فرق فى حكم المسأله بين الصّرف و السّلم و غيرهما و الفرق انّما هو فى ارتفاع الغبن قبل القبض مع اطّلاع المغبون عليه أيضا قبله فانّ فى هذه الصّوره بناء على عدم وجوب التّقابض لا خيار اصلا و للمغبون هدم المعامله عندنا و كان للمصنّف فى حكم المسأله هناك خفاء فراجع و بناء على وجوبه يثبت الخيار لما عرفت

قوله (و لو ثبت الزّياده او النّقيصه بعد العقد الخ)

يعنى انّ المدار فى حصول الغبن هو حال العقد و حدوث الغبن بعده لا يوجب الخيار

فان قلت دعوى الاجماع هنا ينافى مع احتمال عدم الخيار فى المسأله السّابقه فانّه يلازم كون المدار على زمان التّسليم

قلت المدار فى الغبن الموجب للخيار هو وجوده حال العقد مستمرّا الى زمان الفسخ فلا عبره بما يحدث بعد العقد و لا بما يزول بعده قبل الفسخ

قوله (لاصاله عدم العلم الحاكمه على اصاله اللّزوم)

لا يخفى انّ الحكم معلّق على الاقدام و عدمه لا على العلم بالقيمه و الجهل بها و اصاله عدم العلم لا اثر لها الّا اثبات عدم الاقدام و هذا من المثبت و لا مانع من نفس اصاله عدم الاقدام الحاكمه على اصاله اللّزوم الّا ان يقال انّ المنفىّ بلا ضرر الرّافع للزوم هو الحكم المجعول الضّررى من

قبل الشّارع و فی صوره الاقـدام لا یکون الضّـرر اتیا من قبل الشّارع بل هو من قبل الشّـخص المقدم علی المعامله فخروج صوره الاقـدام من جواز الفسـخ لنفی الضّـرر انّما هو من باب التخصّیـص لا التّخصـیص و مع الشکّ فی الاقدام شکّ فی تحقّق موضوع الضّـرر المنفیّ و اصاله عدم اقدام الشّـخص علی الضّرر لجهله لا یثبت موضوع نفی الضّرر و انّ الضّرر جاء من قبل حکم الشّارع فیثبت الخیار و یجوز الفسـخ فکما لا یجری اصاله عـدم العلم لا یجری أیضا اصاله عـدم الاقدام و لا یق انّ الغبن مقتض للخیار و العلم بـالقیمه و الاقـدام علی الضّـرر مـانع و اذا ارتفع المانع بالاصل اثّر المقتضـی اثره ثمّ لا یخفی انّ الغرض ممّا افاده من اصاله عـدم العلم هو اثبـات کون مـدّعی الجهـل و هو المغبون منکرا فیثبت قوله مع الیمین و فیه أوّلا ـ انّ المـدار فی صـدق المـدّعی و المنکر لیس علی موافقه الأصل و مخالفته بل الظّاهر انّ المـدار فی تعیینهما علی العرف و هو الموافق لما ذکروه من انّ المـدّعی لو ترک ترک و بنـاء علیه یکون مـدّعی الجهـل مـدّعیا لا ـ منکرا فلا وجه لقبول قوله مع الیمین و ثانیا انّ قبول قوله لکونه موافقا للاصل فیکون منکرا لا یجتمع مع الدّلیل الملحق به لقبول قوله مع الیمین أیضا من تعسّـر اقامه البیّنه تعسّر علیه فانّه لا یصحّ الّا اذا کـان مـدّعیا و من یقبـل قوله مع الیمین لا ـنّه منکر یسـقط عنه البیّنه تعسّـر علیه اقامتها أم لا فالجمع بین التمسّک بالاصل و تعسّـر اقامه البیّنه لاثبات قبول قوله بظاهره محلّ اشکال

قوله (لجهله بالحال فتأمّل)

یمکن ان یکون إشاره الی انّ مجرّد تعسّـر اقامه البیّنه علی الجهل و عـدم امکان حلف الغابن لا یکفی فی قبول قول المـدّعی مع یمینه لعـدم الـدّلیل علیه و اعتبـار الیمین فی قبـول قوله مخصوص بموارد معیّنه و هی الیمین المردوده و الّتی تکون جزء الـبیّنه و یمین الاسـتظهار ممّن ادّعی شیئا لا ـ یعلم الّا من قبله و اذا تعیّن الحلف علی الغابن لکونه منکرا فتعـذّره منه لا یوجب توجهه الی المدّعی و مجرّد تعطیل الحقوق لا یوجب توجّه الحلف الی المغبون مضافا الی امکان فصل الخصومه بالصّـلح و نحوه و لو سـلّم فاللّازم الاقتصار علی مورده لا الحکم بتقـدیم قول المدّعی بیمینه مط و یمکن ان یکون إشاره الی انّ محلّ الکلام هو ما لو کان الغبن محقّقا و الغابن یدّعی علم المغبون و هو یدّعی الجهل و دعوی الغابن علم المغبون کیف یجتمع مع جهله بالحال و المسأله ترجع الی حکم التّداعی الّا ان یمنع عن الرّجوع إلیه بانّ الجهل نقیض العلم و لیسا من الضـدّین و علی ایّ حال رجع الی التّداعی أم لا لا یجتمع دعوی الغابن علم المغبون مع جهله بالحال

قوله (و لو اختلفا فی القیمه وقت العقد

توضيحه انّه قد يثمر الاختلاف اذا كان متعلّقا بالقيمه وقت العقد و ذلك فى غير ما يكون القبض فيه شرطا لحصول الملكيّه اذ لا اثر للزّياده و النّقصان اذا حدثت بعد العقد فى ثبوت الغبن و ارتفاعه و قد يثمر اذا كان متعلّقا بها بعد العقد و قبل التّسليم و ذلك فيما كان القبض شرطا فلو اختلفا فى القيمه وقت العقد فى الاوّل و فى القيمه بعده فى الثّانى افاد ره انّه لو علم تاريخ العقد فالقول قول منكر سبب الغبن لاصاله تاخّر التّغيير و هو الزّياده عن وقت العقد و لاصاله اللّزوم لعدم العلم بوقوع العقد على الزّائد و لو جهل تاريخهما بان اتّفقا على التّغيير و اختلفا فى تاريخ العقد فالقول أيضا قول منكر سبب الغبن لاصاله اللّزوم بعد تعارض الأصلين و لو علم تاريخ التغيّر فالاصل و ان اقتضى تاخّر العقد على الزّائد عن القيمه الّا انّه لا يثبت به وقوع العقد على الزّائد حتّى يثبت الغبن و فيه انّ التمسّك باصاله اللّزوم بمعنى الاستصحاب فى الصّور المذكوره جيّد الّا انّ التمسّك باصاله عدم التّغيير فى الفرض الاوّل فمضافا الى انّها من المثبت لا كليّه لها بحيث يكون دليلا على عدم الغبن فى جميع موارده بل يكون دليلا على ذلك فيما لو اتّفقا على كون القيمه قبل العقد ما وقع عليه العقد من العشره مثلا و اختلفا فادّعى المشترى نقصها حال العقد و انكر البائع ذلك و ادّعى بقائها على ما كانت عليه حال العقد فاصاله عدم التّغيير عمّا كانت عليه حال العقد بعد الغضّ عن المثبتيه تفيد تقديم قول منكر التّفاوت و عدم الخيار و قد يتّفقان على كون القيمه قبل العقد مثلا عشره و يختلفان فى القيمه حال العقد الواقع على ثمانيه فيدّعى البائع بانّ القيمه حال العقد كانت كالقيمه قبله و ينكر المشترى ذلك و يدّعى تنزّل القيمه حين العقد الى الثّمانيه فاصاله عدم التّغيير يكون دليلا على الخيار لا على اللّزوم ثمّ انّه قد يختلفان فى القيمه و فى وقوع الغبن و عدمه من دون ان يختلفا فى التّغيير و ذلك فيما لو وقع العقد على ثمانيه و اتّفقا على مطابقه القيمه حال العقد و القيمه الفعليّه الحاصله بعد العقد و البائع يدّعى انّ القيمه الفعليّه و الواقعيّه حال العقد عشره و ينكره المشترى مدّعيا انّ القيمه فى الوقتين ثمانيه مطابقه لما وقع عليه العقد

[مسأله يسقط هذا الخيار بأُمور:]

[أحدها: إسقاطه بعد العقد]

قوله (كإبراء المالك الودعىّ المفرّط)

لمّا ذكر ره فى دفع الاشكال انّ وجود المقتضى و السّبب و هو العقد او الغبن الواقعى كاف فى الاسقاط اراد تمثيله بابراء المالك الودعىّ فيما لو كان الابراء بعد التّفريط و قبل التّلف فانّه لا مانع من صحّه الابراء و اسقاط الضّمان لتحقّق السّبب الّذى هو التّفريط و ان لم يتحقّق شرط فعليّه الضّمان و هو التّلف و قد استشكل الاستاد طاب ثراه عليه بما ذكره المقرّر و هذا لفظه و امّا مسئله ابراء المالك الودعىّ المفرّط عن الضّمان فلا

ربط له بالمقام لانّ الابراء قبل التّفريط يرجع الى اذن المالک الودعىّ فى وضع المال فى غير المخزن فيرجع الى الاذن فى التّفريط لا الى اسقاط الضّمان بعد التّفريط و امّا اسقاطه بعد التّفريط كما هو ظاهر العباره فليس اسقاطا لما لم يجب لانّ المال بمجرّد التّفريط يدخل فى ضمان المفرّط و اعتبار التّلف انّما هو لاعتبار قيمه المال يوم التّلف لا لتحقّق الضّمان فى ذلک الزّمان فتأمّل ه و هو حسن فانّ معنى الضّمان ليس هو لزوم التّدارک بالمثل او القيمه حتّى يكون مخصوصا بوقت تلف العين بل معناه هو دخول المال فى عهده ذى اليد الى حصول التّأديه بنفسه مع وجوده و ببدله مع تلفه بالمثل ان كان مثليّا و بالقيمه ان كان قيميّا و هذا المعنى ثابت فى كلّ يد الّا ما خرج بالدّليل كيد الامانه بالمعنى الاعمّ مالكيّه كانت او شرعيّه بل اذا كانت اليد بعنوان الوديعه كان يد الودعىّ يد المودّع من حيث تنزيله منزلته فى حفظ الوديعه و كان معناها الاستنابه فى الحفظ فعدم وقوع الضّمان فيها لعدم تعقّل ضمان الإنسان لنفسه فى ماله بل هو كذلک فى مطلق الامين كالوكيل و المستعير فانّ اليد فيهما حقيقه للموكّل و المعير لكن هذا كلّه حيث لم يكن الودعىّ مفرّطا و الّا فمع التّفريط يثبت الضمان بالمعنى المذكور من حينه و قد استشكل أيضا فى تمثيله ببراءه البائع من العيوب بانّها لو تحقّقت فى متن العقد رجعت الى الدّفع و هو كذلک فانّ مراد المصنّف هو البراءه فى حال العقد و هو دفع لتأثير المقتضى فانّه اذا باع مع البراءه عن العيوب فلا مقتضى للثّبوت حتّى يكون البراءه مسقطا و هذا بخلاف المقام حيث وجد فيه المقتضى من دون فعليّه شرط تأثيره و على اىّ حال فالمناقشه فى التّمثيل غير ضائر باستقامه اصل الجواب

[الثالث: تصرّف المغبون بأحد التصرّفات المسقطه للخيارات المتقدّمه بعد علمه بالغبن.]

قوله (فيستصحب فتأمّل)

يحتمل ان يكون إشاره الى كونه شكّا فى الحكم مع تبدّل الموضوع بان يقال انّ الاجماع وقع على ثبوت الخيار فى الغبن بشرط عدم التصرّف و قد يدفع هذا الاحتمال بمنع كون مورد الاجماع هو ثبوت الخيار بشرط عدم التصرّف و انّما المجمع عليه هو ثبوته فى حال عدم التصرّف و هذا غير تبدّل الموضوع و لا مانع من الاستصحاب اذا كان الشکّ من جهه تبدّل حال من احوال الموضوع كيف و لا يتحقّق شکّ فى بقاء حكم الّا من هذه الجهه و فيه انّ المدّعى هو الاجماع على ثبوت الخيار فى العقد الغبنى اذا لم يكن مقرونا بالتصرّف و بعباره اخرى المسلّم هو خروج العقد الغير المقرون بالتصرّف عن عموم وجوب الوفاء بثبوت الخيار و غيره مشكوک الخروج من أوّل الامر و المرجع هو العامّ و ليس من باب الرّفع حتّى يرجع الى الاستصحاب و يحتمل

ان يكون إشاره الى عدم جريان الاستصحاب فى المقام و لو على تقدير كون الشكّ فى الرّفع و ذلك من جهه احد امرين الاوّل من جهه المناقشه فى جريانه اذا كان الدّليل المثبت لحكم المستصحب هو الاجماع كما نسب الى الغزالى و ذكر المصنّف هذه المناقشه على التّفصيل فى بيان الاقوال فى حجيّه الاستصحاب فى الاصول فراجع الثّانى من جهه ما تقدّم فى أوّل بحث الخيار من انّه قد يعرّف بانّه ملك اقرار العقد و ازالته فانّ بناء عليه يكون كلّ منهما رافعا للخيار و حيث انّ التصرّف بنفسه تشبّث بالعقد و التزام به فلا محاله يكون اختيار الامضاء العقد و اقراره و يكون التصرّف كالفسخ رافعا لموضوع الخيار و لا يبقى شكّ فى بقائه حتّى يستصحب و لكنّ الشّأن فى مخالفه المصنّف لما ذكر فى المقامين و يحتمل ان يكون إشاره الى انّ الشكّ فى المقام من الشكّ فى المقتضى و يدفعه انّ الشكّ فى المقتضى انّما يكون فيما لم يحرز بقاء المستصحب بحسب الزّمان كالشكّ فى كون الخيار على الفور او التّراخى لا ـ فيما لا يعلم بقائه بحسب الطّوارئ كما فى المقام و لو كان الشكّ فى بقاء الخيار بعد التصرّف من الشكّ فى المقتضى لزم ان يكون موارد الشكّ فى رافعيّه الموجود باجمعها من الشكّ فى المقتضى و هذا واضح جدّا

[الرابع من المسقطات: تصرّف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن تصرّفاً مخرجاً عن الملک على وجه اللزوم کالبيع و العتق.]

قوله (نعم ذكر الشّيخ فى خيار المشترى)

اراد بذلك وجود التّصريح بالسّقوط فى نظير هذه المسأله فى عباره الشّيخ استدراكا لما ذكره أوّلا من انّ التصريح بالسّقوط انّما يكون فى كلام المحقّق و من تاخّر عنه ثمّ انّ مورد كلام المشهور فى سقوط الخيار هو ما اشار إليه المصنّف من تصرّف المغبون المشترى تصرّفا مخرجا عن الملك على وجه اللّزوم سواء كان تصرّفا ناقلا كالبيع و نحوه او كان فكّا للملك كالوقف و العتق او رهنا و اجاره و استيلادا و نحو ذلك فلا ينافى ما تقدّم منه فى الامر الثّالث من حكم الأصحاب بعدم سقوط الخيار بالتصرّف قبل العلم و ظهور كلماتهم فى ذلك فانّ ذلك منهم انّما يكون فى غير التّلف و التصرّف الملزم و يرشدك الى ما ذكرنا ما سيصرّح به من انّ ظاهر التّقييد بصوره امتناع الردّ و ظاهر التّعليل بعدم امكان الاستدراك ما صرّح به جماعه من انّ النّاقل الجائز لا يمنع الردّ بالخيار الخ

قوله (و استدلّ على هذا الحكم فى التّذكره)

يعلم من المتن انّ ما يمكن ان يستدلّ به لسقوط الخيار وجوه الاوّل ما عن التّذكره و اجاب عنه بانّه بظاهره مشكل الثّانى انّ اخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضّرر و لو جهلا منه به فهو كما لو اقدم عليه بالتصرّف و هو ممنوع جدّا فانّ التصرّف مع عدم العلم بالغبن كيف يكون اقداما على الضّرر الثّالث انّ الضّرر معارض بتضرّر الغابن بقبول البدل و

اجاب عنه بما ذكره توضيحا لكلام الشّهيد الرّابع ظهور الاجماع كما يشير إليه عباره الرّوضه و اجاب عنه بانّ الظّاهر عدم عنوان المسأله فى كلام من تقدّم على المحقّق و بالجمله مقتضى القاعده عدم السّقوط بالتصرّف قبل العلم من غير فرق بين ان يكون المغبون هو المشترى او البائع و يكون المدار فى سقوط الخيار على الالتزام بالعقد و التصرّف الكاشف نوعا عن الرّضا فان حصل و الّا فالخيار باق سواء كان المتصرّف هو الغابن او المغبون قبل العلم بالغبن او بعده كان التصرّف ناقلا أم جائزا و لو فرض الشكّ فلا بأس بالاستصحاب نعم لو كان الدّليل المثبت لاصل خيار الغبن منحصرا بالاجماع امكن لو لا استصحاب الخيار القول بعدمه عند التصرّف اللّازم لعدم الاجماع على ثبوته فى هذا الحال و مع ذلك كلّه يمكن بناء المسأله على انّ التّلف مسقط للخيار أم لا و الظّاهر انّه محلّ خلاف فعن العلّامه فى عد انّ الخيار لا يسقط بالتّلف و عن ط الجزم بالسّقوط و عن المحقّق الثّانى التردّد فى ذلك و كذا عن العلّامه فى عد فى باب المرابحه لو ظهر كذب البائع مرابحه بعد تلف المتاع و ما ذكره المصنّف فى المقام من انّ الخيار غير مشروط عندهم بامكان ردّ العين فهو على اطلاقه محلّ منع ثمّ بناء المبنى و هو كون التّلف مسقطا للخيار أم لا على انّ الخيار هل هو السّلطنه على فسخ العقد و حلّه أم هو السّلطنه على ردّ العين فان كان هو السّلطنه على الفسخ فلا يسقط بالتّلف لعدم تعلّق الخيار بالعين حتّى يكون منوطا ببقائها و يمكن فسخ العقد و حلّه و ان كان هو السّلطنه على الردّ سقط الخيار به لامتناع ردّ العين ح و قد يدّعى انّ ظاهر ادلّه الخيارات هو الثّانى لخلوّها باجمعها عن لفظ الفسخ و المتيقّن من دلالتها حتّى الاخبار هو جواز ردّ العين و السّلطنه عليه و لا اشكال فى انّها موقوفه على بقاء العين و مع التّلف يمتنع ردّها و ليس ردّ العين من ذى الخيار موقوفا على فسخ العقد لامكان الانفساخ القهرىّ و كون الردّ موجبا له تعبّدا كما هو احد الوجوه المتقدّمه فى الخيار المشروط بردّ الثّمن و ذهب المحقّق صاحب كفايه الاصول الى انّ خيار الغبن ليس الّا جواز ردّ العين لكن لا من الجهه الّتى ذكرناها بل من جهه انّه لمّا اختار فى الاصول انّ مفاد لا ضرر نفى الحكم بلسان نفى الموضوع و هو الارجح فى النّظر كما اوضحناه فى محلّه قال انّ المرفوع ح فى المعامله الغبّيه وجوب الوفاء و هو يستلزم جوازها لا الخيار المصطلح الّذى هو من الحقوق لانّ عدم وجوب الوفاء على المغبون الّذى هو معنى الجواز

لا يقتضى ثبوت حقّ له القابل للاسقاط و الصّلح و الارث فانّ الجواز الثّابت بنفى الضّرر يكون حكما و الحكم غير قابل لاحدها و قد حكى عنه طاب ثراه انّه جعل الفرق بين الجواز الحقّى و الحكمى فى الفقه فى بحث المعاطاه فى حاشيته على الكتاب باعتبار اختلاف متعلّقه و قال لو كان الجواز و اللّزوم بمعنى جواز فسخ المعامله و عدمه كما فى باب الخيار فهما من احكام الاسباب و امّا لو كانا بمعنى جواز ترادّ العينين بلا توسّط فسخ المعامله كما فى الهبه فهما من احكام الملك فجعل الجواز الحقّى بمعنى جواز فسخ المعامله و عدمه و الحكميّ بمعنى الردّ الخارجى الّذى لا يمكن الّا مع بقاء العين و على ایّ حال اذا تمّ الدّعوى المذكوره و هى عدم اقتضاء ادلّه الخيار الّا جواز ردّ العين ففى صوره التّلف يسقط الخيار و اذا كان الامر فى التّلف الحقيقى ذلك فيلحق به التصرّف النّاقل المخرج عن الملك على وجه اللّزوم و ما يعدّ تلفا شرعيّا و لعلّ ما استدلّ به فى كره من عدم امكان الاستدراك مع الخروج عن الملك راجع الى ما ذكرنا و الدّعوى المتقدّمه و هى انّ الخيار ليس الّا السّلطنه على ردّ العين و ان كانت غير ثابته و محلّ نظر بل منع الّا انّ الاحتياط يقتضى التوقّف عن الحكم ببقاء الخيار بعد التصرّف اللّازم لا يقال انّ مع الشّك فالاستصحاب يقتضى بقاء الخيار فانّه يقال اذا شككنا فى كون الخيار هو فسخ العقد او ردّ العين كان الاستصحاب ح مع عدم احراز الموضوع لانّه اذا كان بمعنى فسخ العقد كان الموضوع محرزا بقائه و ان كان الآخر كان متبدّلا قطعا و يقتصر فى تخصيص اصاله اللّزوم على المتيقّن و هو صوره بقاء العين فى ملك ذى الخيار فمقتضى الاحتياط متابعه المشهور و عدم الحكم بالخيار فى مطلق التصرّفات اللّازمه كالبيع و العتق و الوقف و الاستيلاد و غيرها

قوله أقواها اللّحوق لحصول الشّركه)

يعنى انّه بناء على كون التصرّف مسقطا يكون الاقوى لحوق الامتزاج مطلقا سواء كان مانعا من الردّ كالغير القابل للقسمه او غير مانع كالقابل لها

قوله (و لو تغيّرت بالزّياده العينيّه او الحكميّه او من الجهتين)

جاءت العباره فى بعض النّسخ هكذا فالاقوى الردّ فى الوسطى بناء على حصول الشّركه فى غيرها المانعه عن ردّ العين ه و فى بعض النّسخ المصحّحه قد ضربت على هذه العباره و ابدلت هكذا فالاقوى عدم الردّ بناء على حصول الشّركه المانعه عن ردّ العين ه و على الاولى فالامر بالتأمّل يحتمل ان يكون إشاره الى ضعف التّفصيل بين الزّياده الحكميّه كقصاره الثّوب و نحوها ممّا يكون وصفا موجبا لزياده القيمه و الحكم بعدم السّقوط فيها

و الزّیاده العینیّه او من الجهتین و الحکم بالسّقوط فیهما بما سیجی ء فی المتن من عدم الفرق و الحکم بالاشتراک فی الزّیاده الحکمیّه أیضا و لعلّ الامر بالتأمّل إشاره الی اصل المبنی فی الفروع المذکوره و تضعیف القول بانّ التصرّف قبل العلم یکون مسقطا کما اشار إلیه فی ذیل توضیح کلام الشّهید بقوله و الانصاف انّ هذا حسن جدّا

قوله (و امّا تصرّف الغابن

لا اشکال عندهم فی عدم سقوط الخیار بتصرّف الغابن مط و الظّاهر الاتّفاق علیه و انّما الکلام فی کیفیّه الاسترداد بعد الفسخ و قد اختلفوا فیها علی اقوال اشار إلیها المصنّف و موضع الکلام من هذه الجهه هو فی احکام الخیار الّا انّ بعض الاصحاب لمّا تعرّض لها فی المقام تبعه المصنّف ره

قوله (و ان کان بعده فالظّاهر عدم وجوب ردّه)

بل الظّاهر وجوب ردّه لانّ ملکیّه الغابن للعین انّما کانت بالمعامله الواقعه بینه و بین المغبون و المفروض فسخ المغبون لها فلو فرض فسخ المعامله الثّانیه لزم رجوع العین الی مالکها الاصلی و اخذ المغبون بدلها و ان لم یکن غرامه و من باب بدل الحیلوله الّا انّه لمّا کان من حیث تعذّر ردّ العین فلازمه ارتفاع البدلیّه حین التمکّن من ردّ نفس العین و لیس المقام الّا من قبیل ما لو صار الخلّ عند الغاصب خمرا فاخذ المالک بدله ثمّ صار بعده خلًّا و من قبیل ما لو ظفر المالک بالعبد المغصوب الآبق و استولی علیه فانّه یجب علیه ردّ البدل الّذی اخذه لانّه فی الحقیقه بدل عن المالیّه الفائته ما دامت کذلک بمعنی کونه تدارکا له و لا معنی للتّدارک مع وجود المتدارک و ذلک لانّ المتحصّل من قواعد الضّمان هو لزوم تدارک الفائت سواء کان حقیقیّا او حکمیّا ما دام فائتا لا حصول مبادله قهریّه بین التّالف و البدل حتّی یکون اخذه مملّکا للتالف و ناقلا له الی ملک الغیر حقیقه علی وجه الاطلاق لعدم دلاله وجوب ردّ البدل فی صوره التّلف علی ذلک بوجه بل لعلّ تحقّق معنی المبادله فی الامثله المذکوره و نحوها ممتنع لعدم اهلیّه التّالف لان یقع علیه مبادله و معاوضه و لو قهریّه شرعیّه فلا وجه للحکم بانتقال التّالف الی الغاصب او الغابن حتّی یثمر فی صوره العود و دعوی انّهما انّما تعاطیا البدل بعنوان انّه بدل التّالف و لازمه دخول التّالف فی ملک مؤدّی البدل مردوده بعدم وقوع التّبانی منهما علی ذلک و انّما یتعاطیان البدل بعنوان استیفاء الحقّ و امتثال التّدارک الواجب و تلف العین ظاهرا و هذا المعنی قاض بنفسه ببطلان ملکیّه البدل بمجرّد رجوع المبدل منه لکون حیثیّه التّدارک تقییدیّه فاذا ارتفعت بالعود ارتفعت الملکیّه الطّاریه

من غير حاجه الى تقايل او فسخ فى مورد من موارد البدليّه و بالجمله محلّ الكلام فى المقام و ان كان خارجا عن عنوان بدل الحيلوله موضوعا الّا انّ الحكم برجوع العين بعد اخذ البدل الى مالكه الاصلى غير مخصوص بحيلوله الغاصب بين المالك و ماله و اتلافه له بل يجرى فى جميع الاموال المضمونه سواء جاء ضمانها من جهد اليد او الاتلاف او وقوع عقد لازم او جائز او غير ذلك و الحكم قبل العود بكون الماخوذ بدلا عن التّالف انّما هو لمكان الجهل بالعود و اعتقاد امتناعه او عدم وقوعه عاده و هذا نظير ما حكم به بعضهم من انّ من ملك ارضا ملك قرارها و هوائها الى ما يتصرّف فيه عاده فى قبال من يقول انّه يملك قرارها الى تخوم الارض و هوائها الى عنان السّماء فانّ غرضه ليس هو الاقتصار فى الملكيه على القدر المعتاد فقط بحيث لو فرض تمكّنه من التصرّف فى الخارج عن المعتاد لم يكن له ذلك و كان خارجا عن ملكه و ما يؤخذ تداركا للماليّه انّما يؤخذ بعنوان البدليّه لمكان اعتقاد عدم عوده و على اىّ حال فالمتّبع ما يقتضيه الادلّه و ليس فيها ما يحكم بكون اخذ البدل عن التّالف موجبا لانتقال العين من اخذ البدل الى غيره بل المتيقّن من دلالتها انّه من باب التّدارك للفائت و انّه بدل عنه ما دام فائتا لا مطلقا ففى المقام اذا فسخ الغابن المعامله الواقعه بينه و بين الثّالث و رجع العين إليه فلا بدّ من رجوعها الى المغبون مع فسخه فانّ منشأ ملكيه الغابن لها انّما كان هو المبادله الواقعه بينه و بين المغبون و اذا فسخها المغبون رجعت العين الى ملكه و ان كان فسخه قبل رجوع العين الى الغابن بل بناء على القول بالمعاوضه القهريّه كما هو مختار بعض الاصحاب لا دليل أيضا على بطلان البدليّه حين عود التّالف الّا اذا كان لدليله اطلاق يشمل حال العود أيضا فتدبّر و راجع الى ما قدّمناه فى مسئله المقبوض بالعقد الفاسد

قوله (و الفاسخ انّما يملك بسبب ملكه السّابق)

ليس الغرض من لفظ الفاسخ فى المقام خصوص الغابن او المغبون و ان كان المفروض وقوع الفسخ من كلّ منهما فانّ المقصود بيان الفرق بين فسخ المغبون بعد عود الملك الى الغابن بالفسخ و عوده إليه بعقد جديد و ان كان ظاهر التّعليل و سياق العباره يقتضى ان يكون المراد من لفظ الفاسخ بحسب المصداق هو الغابن هذا و الظّاهر وجوب ردّ العين مط سواء كان العود بالفسخ او بعقد جديد لانّ فسخ المغبون انّما يوجب عود الملك إليه من حين الفسخ لا من حين العقد و ان كان بسبب ملكه السّابق نعم لو كان فسخ المغبون موجبا لرفع العقد من حين وقوعه لكان تخلّل النّاقل و العود الى الغابن بملكيّه جديده مانعا عن تاثير فسخ المغبون

و لكنّه ليس كـذلك امّا على القول بانّ الفسـخ هو مجرّد ردّ العين فواضـح و امّا على القول بانّه حلّ العقـد فظاهر انّه ليس للعقد بمـا هـو عقـد موضـوعيّه بـل يكون حلّا للعقـد بمـا هو طريق الى استرجـاع العين و بعبـاره اخرى ليس الغرض من حـلّ العقـد الّا استرجـاع مـا وقع عليه العقـد و اذا كـانت العين موجوده حين الفسـخ فى ملك الغابن وجب ردّها بنفسـها و لا داعى الى الانتقال ببدلها

قوله (فان اوجب الارش اخذه مع الارش)

اعلم انّ مقتضـى القاعده ان يجرى على تخلّف وصف الصحّه حكم سائر الاوصاف المتخلّفه فمن احكام تلك الاوصاف عندهم انّه لو لم يكن الوصف مـذكورا فى العقـد لا يوجب الخيار و ان تبانيا عليه فلو باع عبـدا و ذكر قبل العقـد انّه كاتب ثمّ لم يذكره فى العقـد و اوقع العقـد على العبـد من غير ذكر اشتراط الكتابه فيه ثمّ بان بعد العقد انّه غير كاتب لا يوجب خيارا للمشترى و ان اشتراه لكتـابته لانّه يعـدّ من الـدّواعى و تخلّف الـدّاعى بمجرّده لا يوجب الخيار و لو ذكر فى متن العقـد بان اوقع العقـد على انّه كاتب و بشرط الكتابه فتخلّفه يوجب الخيار من باب تخلّف الشّرط و مثل ذلك تخلّف وصف الصحّه و من احكامها انّ الوصف لا يقابل بجزء من الثّمن و ان صار سـببا لزياده قيمه العين فلو باع عبـدا كاتبا مثلا بعشـره لا يقابل الكتابه بشـى ء من العشـره و ان صارت سـببا لزياده قيمته و لو باعه بشـرط الكتابه فبان انّه غير كاتب لا يصـير العقد باطلا بالنّسـبه الى شـى ء من الثّمن و ان ثبت الخيار للمشترى من جهه تخلّف الوصف المشترط كما عرفت و لو كان شى ء من الثّمن فى مقابل وصف الكتابه لكانت القاعده تقتضى بطلان العقد بالنّسبه الى ما قابله من الثّمن كما هو الحال فى الجزء فانّه لو باع عشره اذرع من ثوب بعشره دراهم و بان انّ الثّوب تسـعه اذرع يكون العقد باطلا بالنّسبه الى الدّرهم المقابل للذّرع الواحد و صحيحا بالنّسبه الى تسعه دراهم و ما يقابلها من الثّوب غايه الامر انّه يثبت للمشترى خيار تبعّض الصّفقه فمقتضـى القاعـده فى وصف الصـحّه اذا تخلّفت و لم يكن مشـروطا فى متن العقـد كمـا هو مفروض كلامـهم فى خيـار العيب ان لا يوجب خيارا و لا ارشا كما هو مقتضـى القاعـده فى غيره المعبّر عنه بوصـف الكمـال و لكنّهم ذكروا فى خيـار العيب انّ تخلّف وصف الصـحّه يوجب خيـار المشـترى بين الفسـخ و عـدمه مع اخذ الارش فوصف الصحّه عنـدهم برزخ بين سائر الاوصاف و الاجزاء فله حكم الجزء من حيث صـيرورته موجبا للخيار و الارش و مقابلته بالثّمن و يفترق عن الجزء فى امور منها انّ

المبيع اذا بان انّه فاقد لجزء يصير العقد باطلا بالنّسبه الى ذلك الجزء فلا يملك البائع ما قابله من الثّمن بخلاف ما لو بان انّه فاقد لوصف الصحّه فانّ العقد صحيح بالنّسبه الى تمام الثّمن بمعنى انّ البائع يصير مالكا لتمامه و ان لم يكن المبيع مشتملا على الوصف المزبور و منها انّه لا يلزم ان يكون الارش الّذى يأخذه المشترى من الثّمن كما صرّح به العلّامه و يجوز ان يأخذه من غيره و يكفى فى تملّكه اخذه ارشا بخلاف الجزء فانّ الّذى يأخذه لا بدّ ان يكون ما يوازيه من الثّمن دون غيره فانّ المبيع اذا ظهر فاقد الجزء كان ما يقابله من الثّمن باق على ملك المشترى و لا يحلّ له اخذ غيره الّا بمعاوضه جديده و منها انّ للمشترى ان يرضى بالمعيب مجّانا من دون اخذ الأرش و عند ذلك لا يخرج شى ء من ملك البائع فانّ البائع قد ملك بالعقد تمام الثّمن و كان للمشترى اخراج ما يوازى وصف الصحّه عن ملكه فاذا اسقط حقّ الأرش لم يخرج شيئا من ملك البائع و هذا بخلاف الجزء فانّ البائع لم يملك ما يوازيه من الثّمن اصلا فلو اراد المشترى عدم اخذه احتاج الى سبب يملّكه للبائع اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم انّ الحكم بتخيير المشترى بين الردّ و الامساك مع الارش اذا ظهرت العين المبيعه معيبه و ان كان على خلاف القاعده الّا انّه ثابت فى البيع بالنصّ و الاجماع و ستطّلع عليه إن شاء اللّه تعالى و امّا تخلّف وصف الصحّه فى غير البيع فمقتضى القاعده الحاقه بغيره من الاوصاف الّا ان يقوم دليل على عدم اختصاص التّخيير المذكور بالبيع و ثبوته فى تخلّف وصف الصحّه فى كلّ معاوضه و مبادله و الظّاهر من كلماتهم اجماعهم على الالحاق و انّهم قد بنوا على ثبوت الارش تخييرا فى خصوص انتفاء وصف الصحّه و ظهور تخلّفه فى جميع ابواب المعاوضات من غير فرق بين البيع الّذى هو مورد النّص و غيره بل تريهم تعدّوا الى غير المعاوضات الحقيقيّه و حكموا فى جميع ذلك بما حكموا به فى المعاوضات الحقيقيّه و ذلك كما فى النّكاح و الخلع و المكاتبه و الهبه المعوّضه و الصّلح و امثال ذلك ممّا ليست بمعاوضات حقيقيّه و لا بأس بنقل بعض كلماتهم الدالّه على الالحاق مط فمنها ما عن المحقّق ره فى كتاب الخلع حيث قال و لو كان اى العوض معيّنا فبان معيبا ردّه و طلب بمثله او قيمته و ان شاء امسك مع الارش و منها ما عن العلّامه فى القواعد فى كتاب الهبه لو كان اى العوض معيبا الزم بالارش او دفع العين فى المعيّنه لاـ المطلقه و منها ما عنه أيضا فى كتاب الخلع و لو كانت اى الفديه معيّنه فبانت معيبه فله الردّ و المطالبه بالمثل او القيمه ان لم يكن مثليّا او

الامساک بالارش و منها ما قاله فی باب المکاتب و لو ظهر ای مال الکتابه معیبا تخیّر بین الردّ و الارش فیبطل العتق علی اشکال و منها ما عن المحقّق أیضا فی کتاب الاجاره و اذا وقف الموجر علی عیب فی الاجره سابق علی القبض کان له الفسخ او المطالبه بالعوض ان کانت الاجره مضمونه و ان کانت معیّنه کان له الردّ او الارش و منها ما عن المسالک فی کتاب النّکاح فی شرح قول المصنّف فی النّظر فی المهر و لو وجدت به عیبا کان لها ردّه بالعیب اذا اصدقها عینا مخصوصه فوجدتها معیبه فان کان العیب موجودا حین العقد و لم تکن عالمه به کان لها ردّه بالعیب و الرّجوع الی القیمه بناء علی ضمان الید و لها امساکه بالارش لانّ العقد انّما وقع علی السّلیم فاذا لم تجده کذلک اخذت عوض الفائت و هو الأرش و منها ما عن الرّوضه فی کتاب الصّلح و لو ظهر فی المعیّن عیب فله الفسخ و فی تخییره بینه و بین الأرش وجه قویّ و منها ما عن التّذکره فی کتاب الهبه اذا وهبه بشرط الثّواب المعلوم فامّا ان یکون معیّنا أو لا فان کان معیّنا فقبضه الواهب فوجد به عیبا کان له الرّجوع الی عین الموهوب فان کان باقیا اخذه و ان کان تالفا طالب بالقیمه الی ان قال و لیس للواهب المطالبه بالعوض لوقوع الشّرط علی هذا العین فلم یکن له الانتقال الی غیرها و الاقرب انّ له المطالبه بالأرش انتهی هذه جمله من کلماتهم الّتی ذکروها و المتتبّع یطّلع علی اکثر من ذلک و هذا الحکم منهم مخصوص بانتفاء وصف الصحّه و لم یحکموا بثبوت الخیار او الارش فی غیره من دون شرط و ان اتّفقوا علی انّ الاوصاف مط یوجب زیاده القیمه و یضمن بالید و مع الشّرط حکموا بثبوت الخیار فقط دون الارش و قد قام الاجماع علی عدم ثبوت الأرش فی انتفاء غیر وصف الصحّه من الاوصاف و لو مع الشّرط و امّا وصف الصحّه فمن هذه الکلمات الّتی نقلناها یتوجّه دعوی بنائهم علی التّخییر بین الردّ و الأرش فی العیب مط و لا یکون اخذ الارش مخصوصا بخیار العیب فی البیع و النّفس مطمئنّه باجماعهم علی ذلک نعم من لا یطمئنّ بتحقّق الاجماع علی ذلک فهو معذور فی غیر خیار العیب فی البیع اذا لم یحکم بثبوت الارش عند تخلّف وصف الصحّه لانّه من التعدّی بغیر دلیل الّا انّ الظّاهر للمتتبّع عدم الفرق عند الاصحاب فی المعاوضات و غیرها فی کون وصف الصحّه کالجزء و اذا احطت خبرا بما ذکرنا فاعلم انّ مع تصرّف الغابن بالنّقیصه فصّل المصنّف طاب ثراه بین ما یوجب الأرش و ما لا یوجبه و

حكم بـانّه ان اوجب الارش اخذ العين مع الارش و ان لم يوجب ردّها بلا شـى ء و الظّاهر انّه اراد من النّقص الموجب للارش حدوث عيب فى العين بسبب التصرّف و من النّقص الغير الموجب له فوات وصف من اوصاف الكمال و هذا التّفصيل هو الحقّ الّذى لا محيص عنه لما عرفت من بنائهم على ثبوت الارش للعيب اين ما وجد و ان شئت قلت انّهم فهموا من الاخبار انّ الردّ مع الارش من احكام العيب اينما كان و من العجب انّ فى المسأله حكم فى الرّوضه باخذها مجّانا ان شاء و فى المسالك ان لم يكن النّقص بفعل المشترى و ان كان بفعله فالظّاهر انّه كذلك اى يأخذها مجّانا و لا شى ء له معلّلا بانّه تصرّف فى ملكه تصرّفا مأذونا فيه فلا يتعقّبه ضمان و هذا مناف لحكمهم بانّ تلف وصف الصحّه كتلف الجزء و بالجمله مع نقص الصحّه يستحقّ المغبون الارش على الغابن كان بفعله او من قبل اللّه تعالى و ان كان بفعل غيره فالارش عليه بقى فى المقام شى ء و هو انّ تعليل وجوب الارش فى مسئلتنا بانّ الفائت مضمون بجزء من العوض فاذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوّض فيتدارك الفائت منه ببدله كما تريه فى المتن غير تامّ لانّ جعل وصف الصحّه بمنزله الجزء بان يقع مقدار من الثّمن بإزائه هو خلاف ما صرّحوا به و خلاف صريح المصنّف فى غير موضع من كلماته و وصف الصحّه عندهم كغيره من الاوصاف لا يقع بإزائه فى المبادله و عقد المعاوضه شى ء من العوض و ان كان موجبا لزياده قيمه العين و لا يبعد حمل العباره على انّ وصف الصحّه لمّا كان بمنزله الجزء فى الضّمان لزم تدارك الفائت منه ببدله و هو الأرش

قوله (فانّ على الفاسخ الصّبر الى ان ينقضى مدّه الاجاره)

لا اشكال ظاهرا فى وجوب الصّبر عليه و ما جزم به المحقّق القمىّ من انفساخ الاجاره لا وجه له فانّ المفسوخ عليه اذا ملك العين فى زمان فقد ملك جميع منافعها و له اجارتها و نقل منافعها و لو فى مدّه طويله الى الغير و الاجاره عقد لازم و جواز الرّجوع حكم شرعىّ و انّما الاشكال فى انّ المغبون الفاسخ هل يستحقّ اجره المثل بالنّسبه الى بقيّه المدّه من الموجر او المستاجر او اجره المسمّى او يستحقّ الارش فيقوّم ما فيه الخيار ارضا كان او غيرها مع منافعه مرّه و مسلوب المنافع فى بقيّه مدّه الاجاره اخرى و يرجع الى مقدار التّفاوت و يأخذه من الموجر سواء ساوى اجره المسمّى او المثل او زاد او نقص او لا يستحقّ شيئا اصلا و يجب عليه الصّبر الى ان ينقضى مدّه الاجاره مجّانا

من دون ان یجب علی الغابن بدل عوض المنفعه المستوفاه بالنّسبه الی بقیّه المدّه بعد الفسخ احتمالات و الاقرب هو ثبوت الارش فانّ معنی الفسخ حلّ العقد و اعاده کلّ من العوضین علی ما هما علیه حین العقد الی ملک مالکه الاوّل من حین الفسخ فبالفسخ یستحقّ المغبون العین علی ما کانت علیه حال العقد و لو کان اصل العین تالفا او جزئها او صفه من صفاتها الّتی توجب فقدانها تعیّب العین و یعدّ نقصا فی اصل العین فهو مضمون عند الاصحاب علی من لا خیار له و لمالک العین ارش العیب و النّقصان و کیف لا یکون سلب المنافع من العیب فی العین مع انّ المنفعه قوام مالیّتها و قد تستوعب قیمتها فی مدّه الاجاره لقیمه العین فلمّا کان مقتضی الفسخ رجوع العین الی مالکه الاوّل کما کانت حین العقد کان مقتضی القاعده ضمان الغابن نقص العین و تعیّبها بسبب کونها مسلوبه المنفعه فی المدّه الباقیه فان کان اجره المثل مساویا لذلک کفی فی تدارک العیب الحاصل و الّا لزم تکمیل تدارک النّقص و لا یکتفی بخصوص اجره المثل و الّذی دعی المصنّف قدّس سرّه الی عدّ المنافع من الصّفات الّتی لا یوجب فقدانها الارش ما ذکره من انّ المنافع من الزّوائد المنفصله المتخلّله بین العقد و الفسخ فهی ملک للمفسوخ علیه بالمنفعه الدّائمه و حیث انّ الفسخ لا یکون موجبا لرجوع العین علی ما هی علیه حین العقد حتّی تکون المنفعه المستوفاه مضمونه بل یکون موجبا لرجوعها علی ما هی علیه حین العقد من حین الفسخ فنقص المنفعه بالنّسبه الی ما قبل الفسخ غیر مضمون و کلّ ما استوفاه الغابن فهو له و لا یجب علیه تدارکه و اجاره العین بمنزله الاستیفاء و یدفعه ما عرفت من انّ الحکم بالارش لیس من حیث انّ المنافع من وصف الصحّه أم غیرها و لیس من حیث انّ بقیّه المدّه تعدّ من المنافع المستوفاه أم لا و لیس من حیث انّ الفسخ موجب لرجوع العین علی ما هی علیه حال الفسخ و لازمه عدم ضمان المنفعه لانّها کانت تابعه لملک المفسوخ علیه او رجوعها علی ما هی علیه حین البیع و لازمه ضمان المنافع المستوفاه و غیرها بل من حیث انّ قوام مالیّه العین منافعها و سلب المنافع عنها نقص فی العین و تعیّب فیها یجب تدارکه و کون المنفعه تابعه للعین لا ینافی ضمان الغابن للنّقص الحاصل فی العین بالاجاره و ان شئت قلت انّ المنفعه و ان کانت تابعه للعین و کان للمفسوخ علیه استیفائها و اجارتها الّا انّه یصدق تعیّب العین باستیفائه منافع بقیّه المدّه الواقعه فی زمان ملک الفاسخ للعین فلا بدّ من ضمانها

قوله و فیه نظر لمنع تزلزل ملک المنفعه)

و المنشأ فی الحقیقه هو انّ ایجاد السّبب

الشّرعی لاستیفاء المنفعه هل یجعلها بمنزله المستوفاه أم لا و الاوجه کما تقدّم الحاق السّبب الشّرعی بالعقلی فالاجاره الواقعه لمّا کانت صحیحه تلحق منافع بقیّه المدّه بالتّلف العقلی و لا موجب لتزلزلها

قوله (و سیجی ء ما یمکن ان یکون فارقا بین المقامین)

الظّاهر انّه تتمّه للاستدراک الواقع تاییدا للمحقّق القمّی و یکون إشاره الی ما سینقله عن المختلف فی مسئله الشّفعه من انّ الفائت لمّا حدث فی محلّ معرض للزّوال لم یجب تدارکه و ما سیذکره فی الفرق بین الزّیاده بالغرس و مسئله التّفلیس و توضیح ذلک انّه لمّا تنظّر فی تزلزل ملک المنفعه اراد تقویه التّزلزل بما ذکره العلّامه فی القواعد من ضمان المشتری للبائع اجره المثل للمدّه الباقیه بعد الفسخ فی التّفاسخ فانّ الاجاره الواقعه قبل التّفاسخ لا یمکن ابطالها لانّها لم تحدث فی محلّ معرض للزّوال فانّ التّفاسخ امر طار قد اتّفقا علیه من دون سبق سبب بالخیار و حیث لا یمکن ابطالها وجب تدارک المنفعه الفائته عن البائع باجره المثل و هذا بخلاف الاجاره الواقعه قبل الفسخ فانّها حدثت فی محلّ معرض للزّوال لثبوت الخیار و بفسخ البائع یبطل الاجاره و یکون المنفعه فی المدّه الباقیه للفاسخ فمن حکم العلّامه بثبوت اجره المثل فی التّفاسخ یمکن استفاده حکمه ببطلان الاجاره فی الفسخ

قوله (مضافا الی مفهوم قوله (ص) لیس لعرق ظالم حقّ)

فی المجمع و معناه علی ما قیل هو ان یجی ء الرّجل الی الارض قد احیاها رجل قبله فیغرس فیها غرسا غصبا لیستوجب به الارض و الرّوایه لعرق بالتّنوین و هو علی حذف مضاف ای لذی عرق ظالم فجعل العرق نفسه ظالما و الحقّ لصاحبه او یکون الظّالم من صفه صاحب العرق و ان روی عرق بالإضافه فیکون الظّالم صاحب العرق و الحقّ للعرق و هو احد عروق الشّجره ه

قوله (و قیاس الارض المغروسه علی الارض المستاجره)

إشاره الی ما تقدّم آنفا فیما اذا اجر الغابن الارض مثلا مدّه ثمّ فسخ المغبون البیع من انّه لا ینفسخ الاجاره و لا یستحقّ اجره المثل من الغابن

قوله فلیس هذا من باب استحقاق الغرس للمکان فافهم)

إشاره الی دقّه ما ذکره و لکنّ الانصاف انّ الفرق غیر واضح فانّ استحقاق ثبوت المال علی ما هو علیه عین استحقاقه للمکان و لو سلّمنا الفرق بینهما فلا یقتضی عدم استحقاق المکان جواز قلعه بل یکفی ما ذکره من استحقاق دوام الثّبوت لعدم الجواز فتدبّر و الاقرب بالنّظر هو عدم تسلّط المغبون علی القلع مط کما علیه المشهور فانّ حقّ الغارس ثبت فی زمان کانت

الارض له و يكون كتصرّفه بالاجاره و بذلك يصير القلع ممتنعا شرعا و عليه اجره المثل ما دام الغرس ثابتا فى ملك الفاسخ و الارش أيضا لو لم يتدارك باجره المثل التعيّب و النّقص الحاصل فى قيمه الارض

فان قلت انّ فى تعيين ابقاء الشّجر بالاجره او الارش ضررا على مالك الارض لطول المدّه

قلت هذا الضّرر معارض بضرر الغارس بناء على القلع فيتساقطان

فان قلت انّ الموضوع المتولّد من الحكم على موضوع لا يشمله هذا الحكم و اذا وجب القلع لانّ بقائه ضرر على المالك لا يمكن ان يقال انّه ضرر على الغارس لانّ هذا الضّرر نشأ عن لا ضرر فلا يشمله حتّى يعارضه

قلت ضرر مالك الارض ببقاء الغرس و ضرر مالك الغرس بقلعه انّما هما فى عرض واحد و ليس ثبوت الضّرر فى احدهما ناشئا عن نفيه فى الاخر و ليس ضرر الغارس بالقلع فى المقام من قبيل ضرر صاحب الدّار حيث يمنع عن تصرّفه فى داره اذا كان ضررا على الجار فانّ هناك لا يمكن ان يكون ضرر صاحب الدّار منفيّا بنفى ضرره على الجار بخلاف المقام فافهم و بالجمله انّ نفى الضّرر لا يجرى فى المقام اصلا و ثبوت حقّ البقاء للغارس ليس هو الضّرر بل ما عرفت

قوله لطول مدّه البقاء فتأمّل)

يمكن ان يكون إشاره الى انّ بعض الاشجار أيضا لها امد ينتظر فلا بدّ من إلحاقها به الّا ان يكون الحكم بالفرق ناظرا الى الاغلب و يمكن ان يكون إشاره الى عدم الفرق بانّ المانع من الابقاء فيهما هو الضرر فان كان الاجره على وجه يرفعه فلا فرق و ان كان على وجه لا يرفعه فلا فرق أيضا

فان قلت انّ الابقاء فى مسئله الشّجر قد يكون فيه ضرر لا يرتفع بالاجره كما لو كانت الارض مقصوده لبناء الدّار او غيره من المنافع الّتى تزيد على اجره ابقاء الشّجر بالاضعاف

قلت انّ اللّازم على هذا هو التّفصيل فى مسئله الشّجر بين ما يكون كذلك و ما لا يكون لا اطلاق القول فيها بعدم الابقاء ما لم يختاره المغبون مع انّه يمكن هذا الفرض فى مسئله الزّرع أيضا فالاولى هو التّفصيل فى المقامين اللهمّ الّا ان يقال انّ فى نفس الابقاء و لو مع الاجره فى مسئله الشّجر ضرر مط لطول المدّه و يمكن ان يكون إشاره الى ما ذكرنا فى الحاشيه السّابقه من عدم جريان نفى الضّرر فى المقام لا من طرف الغارس و لا من طرف مالك الأرض و على ايّ حال فالّذى اختاره انّ حكم الزّرع حكم الغرس

قوله (فهو فى حكم التّالف يرجع الى قيمته)

اى ان كان

قیمیّا کما فی المثال و ان کان مثلیّا یرجع الی المثل فانّ هذا هو حکم التّالف و هو واضح

قوله (ففی کونه شریکا او کونه کالمعدومه وجهان)

و الاوجه هو الثّانی لعدم الفرق عند العرف بین هذا القسم و سابقه فی عدّ الممتزج کالتّالف و الاولی التخلّص فیه بالصّلح علی استحقاقه من الممتزج او معاوضه اخری و ذلک لامکان الحکم ببقاء عین ماله عرفا فلا یکون کالتّلف و لامتناع کونه شریکا من حیث اشتراط الشّرکه باتّحاد الجنس ان ارید الشّرکه فی العین و ان ارید الشّرکه فی الثّمن بان یباع و یعطی من الثّمن بنسبه قیمته فلا دلیل علیه

قوله (و فی استحقاقه لارش النّقص)

ای الشّرکه فی العین مع الارش او فی العین علی حسب القیمه او فی الثّمن و اوسطها الوسط ثمّ انّ الفرق بین الاوّل و الثّانی انّ النّقص فی الاوّل عباره عن نقصان مقدار حصّه المغبون من العین الممزوجه فیلاحظ قیمه تلک الحصّه المرکّبه من الجیّد و الرّدی مقیسه الی الجیّد الخالص المساوی لها فی المقدار و تفاوت الرّداءه فی الثّانی عباره عن التّفاوت الحاصل بین نفس الردی و الجیّد و لعلّ الاغلب انّ الاوّل اقلّ من الثّانی

قوله (و یحتمل الشّرکه بنسبه القیمه)

ای الشّرکه فی العین علی حسب القیمه و لا یخفی انّ الاحتمال الاخر المتقدّم فی الامتزاج بالأردی و هو الشّرکه فی العین مع استحقاق الغابن الأرش لم یحتمله فی المقام مع انّ احتماله لم یکن بعیدا و یمکن القول بعدم الفرق بین المزج بالاردی و الاجود فی جریان الوجوه و احتمل فی الرّوضه فی المزج بالاجود احتمالین آخرین احدهما سقوط خیاره و ثانیهما الرّجوع الی الصّلح و احتمال السّقوط لا وجه له و امّا الرّجوع الی الصّلح فلا بأس به الّا انّه لا وجه لتعیین التخلّص به

قوله (بانّه یستلزم الرّبا)

لا یخفی علیک انّ هذا الاشکال جار أیضا فی احتمال الشّرکه بنسبه القیمه او الشّرکه مع الأرش فی الامتزاج بالأردی

قوله (و هو حسن مع عموم الرّبا لکلّ معاوضه)

لا یخفی انّ ذلک لا یکفی فی حسنه و لزوم الرّبا فی المقام غیر وارد و ذلک لانّ الشّرکه القهریّه لیست من المعاوضات و لا بدّ فی توضیح الحال من بیان امور الاوّل انّ الرّبا هل یعمّ جمیع المعاوضات بل الغرامات أم یختصّ بالبیع و القرض فنقول انّ الرّبا بمعنی اخذ الزّیاده فی احد المتماثلین المقدّرین بالکیل او الوزن مثلیّین کانا او قیمیّین لا ریب فی حرمته فی المعاوضه البیعیّه فانّها اظهر افراد ما ثبت حرمته بالکتاب کقوله عزّ اسمه احلّ اللّه البیع و حرّم الرّبا و قوله

تع الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبٰا لاٰ يَقُومُونَ إِلاّٰ كَمٰا يَقُومُ الَّذِى يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطٰانُ مِنَ الْمَسِّ الخ و قوله تع يَمْحَقُ اللّٰهُ الرِّبٰا وَ يُرْبِى الصَّدَقٰاتِ الى غير ذلک من الآيات الكريمه و نصوص الاخبار فى خصوص البيع قد تجاوزت حدّ التّواتر و بلغت الى حدّ لا يبعد الحكم بدخول مستحلّه فيه فى الكفّار و الكلام فى غير البيع انّما يكون فى مقامات ثلاثه الاوّل الاقوى ما هو المشهور من جريان حرمه الرّبا فى غير البيع من جميع المعاوضات الابتدائيّه مثل الصّلح و القرض كما اذا صالح صاعا من حنطه بصاعين منها او اقرض كذلک شارطا للزّياده من أوّل الامر خلافا للحلّى و العلّامه فخصّاه بالبيع و القرض و ذلک لانّه الظّاهر من عمومات ما دلّ على حرمته من الآيات و الرّوايات و من خصوص الرّوايات الدالّه على اشتراط المثليّه فى المعامله مع اتّحاد الجنس فمنها قوله (ع) فى صحيح الحلبى الفضّه بالفضّه مثلا بمثل ليس فيها زياده و لا نقصان الزّائد و المستزيد فى النّار و قوله (ع) و قد سأله عبد الرّحمن أ يجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير لا يجوز الّا مثلا بمثل و قوله (ع) فى صحيح ابى بصير الحنطه و الشّعير رأسا برأس لا يزداد احد منهما على الاخر الى ان قال و الدّقيق بالحنطه و السّويق بالدّقيق مثلا بمثل لا بأس به و الّا فلا و قوله (ع) فى موثّق منصور بن حازم كلّ شى ء يكال او يوزن فلا يصلح مثلين بمثل اذا كان من جنس واحد فاذا كان لا يكال و لا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد و قوله (ع) فى خبره الاخر و قد سأله عن الشّاه بالشّاتين و البيضه بالبيضتين لا بأس ما لم يكن كيلا او وزنا و قوله (ع) فى روايه وليد بن صبيح الذّهب بالذّهب و الفضّه بالفضّه الفضل بينهما هو الرّبا المنكر الى غير ذلک من الاخبار الكثيره المطلقه الخاليه عن الاستفصال و القاضيه بالحرمه فى جميع المعاوضات و المبادلات و يدلّ على حرمته فى خصوص القرض بل و مطلق المعاوضه ما رواه خالد بن الحجّاج قال سألته (ع) عن رجل كانت لى عليه مائه درهم عددا فقضاها مائه درهم وزنا قال (ع) لا بأس ما لم تشارط قال و قال جاء الرّبا من قبل الشّروط و انّما تفسده الشّروط و مثله غيره من الاخبار الكثيره الوارده فى باب القرض القاضيه بحرمه الزّياده اذا كان اخذ الزّياده فيه بالمشارطه

المقام الثّانى الظّاهر من جمله من الرّوايات حرمته فى مقام الايفاء عمّا فى الذّمه كما اذا كانت ذمّته مشغوله بدينار فوفاه بدينارين بحيث جعلهما بدلا عنه و ليسمّ هذا

بالمعاوضه الطّاریه فمنها روایه ابن سنان قال قلت لابی عبد اللّه (ع) الرّجل یکون لی علیه الدّراهم فیعطینی المکحله فقال الفضّه بالفضّه و ما کان من کحل فهو دین علیه حتّی یردّه علیک یوم القیمه و المراد من المکحله فیها ما فیه الکحل و هو احد ما جاء بالضمّ من الادوات کأنّ السّائل اراد انّه یعطینی المکحله مع ما فیها من بقیّه الکحل الّتی لا قیمه لها بوزن دراهمی و قوله (ع) و ما کان من کحل ای من وزنه من الفضّه و منها ما ورد عن ابن عبّاس فی سبب نزول قوله تع و حرّم الرّبا انّه کان الرّجل یقول لدیّانه زدنی فی الأجل ازیدک فی الدّین فنزلت الآیه و ممّا یمکن التمسّک به للتّحریم فی المقامین روایه هشام بن سالم فی الحسن عن ابی عبد اللّه (ع) قال انّما حرّم اللّه جلّ و عزّ الرّبا کیلا یمتنع النّاس من اصطناع المعروف و روایه سماعه المرویّه فی کافی قال قلت لابی عبد اللّه (ع) انّی رایت اللّه عزّ و جلّ قد ذکر الرّبا فی غیر آیه و کرّره فقال او تدری لم ذاک قلت لا قال کیلا یمتنع النّاس من اصطناع المعروف و فی یب کبّره مکان کرّره و بالجمله لا ینبغی الاشکال فی عموم حرمه الرّبا فی المعاوضات و الایفاات لمکان الاطلاقات الّتی لیس انصرافها الی خصوص البیع لو سلّم الّا انصرافا بدویّا لا یعتدّ به مع کونه ناشئا من الاستعمال خصوصا بعد فهم المشهور و خصوصا بعد ما ورد فی الاخبار الکثیره من انّ الرّبا انّما جاء من قبل الشّروط

المقام الثّالث المشهور و هو المنصور حرمه الرّبا فی مطلق التّعزیمات کما اذا اتلف علی احد مثقالا من ذهب خالص بالمثقال الصّیرفی فتعذّر التبر و لم یتمکّن الّا من دینار یساوی التبر قیمه لا وزنا فیغرم له الدّینار من غیر ملاحظه الوزن و المحکیّ عن ابن ادریس جوازه و الظّاهر لمن راجع عبارته المحکیه انّه لا یعدّ مخالفا للمقام فانّ انکاره مبنیّ علی انکار اصل عموم حرمه الرّبا لغیر البیع بحیث یظهر منه الاعتراف بجریان الرّبا فی المقام بناء علی عدم الاختصاص بالبیع و علی ایّ حال فغایه ما یمکن ان یقال للجواز هو منع اطلاق فی الادلّه بحیث یشملها ضروره انّه لا مشارطه و لا معاوضه فیها بل الظّاهر خروجها عنها لانّ الادلّه لیست الّا نواهی عن الرّبا و من البیّن انّ النّهی انّما یکون عن الافعال الاختیاریّه لغیر الواجبه علی المکلّفین و التّبادل بالزّیاده فی باب الغرامات لیس من فعل المکلّف و انّما هو من فعله تعالی ضروره انّه قد حکم بمقتضی ما دلّ علی الضّمان باشتغال ذمّته بما یساوی التّالف فی المالیّه و دلیل الضّمان یشمل ما کان اکثر منه

فی الوزن او اقلّ فالغرامه علی فرض کونها نوعا من المعاوضه معاوضه قهریّه قد حکم بها الشّارع و لیست من مقوله فعل المکلّف و ما یصدر منه فی الخارج لیس الّا اداء لما اشتغلت ذمّته به بحکم هذه المعاوضه القهریّه و لیست من المعاوضه الاختیاریّه فی شی ء فلا دخل لما دلّ علی حرمه الرّبا الّذی هو بمعنی الارتباء الحاصل بفعل المتعاملین بها و لا یدلّ علی جریانه فی المقام أیضا ما سمعته من روایتی ابن سنان و ابن عبّاس لورودهما فی الزّیاده و النّقیصه بعد استقرار الدّین و تعیّنه و الکلام فی المقام انّما هو فی اصل الدّین المستقرّ فی الذمّه او المال الّذی امر بادائه و کذا لا یدلّ علی جریانه فی المقام ما ورد فی الآیات و الرّوایات من النّهی عن اکل الرّبا الظّاهره فی إراده المال لا الفعل لما فیها من الاجمال و الاهمال المبعّد لها عن الاستدلال و من الواضح جدّا ان لیس المراد من الرّبا فیها مطلق الزّیاده الّتی هی المعنی الاصلی لقیام الضّروره علی خلافه و لا معنی لحملها علی العموم و التزام خروج الزّوائد الجائزه الاکل بالدّلیل فانّ ذلک تخصیص و تقیید مستهجن الی الغایه فلیس المراد الّا زیاده خاصّه قطعا و کون المقام منها یحتاج الی دلیل بل یمکن ان یقال انّ الظّاهر منها بقرینه طائفه اخری من الاخبار إراده خصوص المال الماخوذ زیاده فی البیع و القرض و الی بعض ما عرفت اشار العلّامه طاب ثراه فی محکیّ التّذکره فی مسئله ما اذا اشتری ربویّا بجنسه فظهر فی احدهما عیب بعد ما نفی البأس عن اخذ الارش خلافا للمشهور و حکاه عن بعض الشّافعیّه بل عن جامع الشّرائع حکایه هذا الوجه عن بعض من تقدّم علی العلّامه من اصحابنا بانّ المماثله فی مال الرّبا انّما تعتبر فی ابتداء العقد و قد حصلت و الارش حقّ ثابت بعد ذلک فلا یقدح فی العقد السّابق و دعوی انّ الارش لفوات مقابله من المبیع واضحه المنع ضروره اقتضائها انفساخ العقد بالنّسبه الی ذلک و انّه یستحقّ خصوص الثّمن و انّ نمائه له الی غیر ذلک ممّا لا یمکن الالتزام به و محصّل کلامه انّ وصف الصحّه لم یقابل بشی ء من الثّمن بل هو امر التزمه البائع و ضمنه بغیر مقابله بشی ء کغیره من صفات المبیع المشترط فیه الّا انّ الشّارع جوّز للمشتری مع ظهور فقده اخذ ما هو کالبدل له و هذه معاوضه قهریّه و غرامه حکم بها الشّارع عند اختیار المشتری للتّغریم و الحاصل انّ المدّعی عدم وجود دلیل واضح یکون صالحا لتخصیص ادلّه الغرامات بعد عدم شمول ادلّه حرمه الرّبا لها و لو شککنا فی شمولها لها یحکم بعدمه لاصاله عدم

التّخصيص و لو سلّم عمومها للغرامات و دلالتها على حرمه كلّ زياده مأخوذه فى معاوضه او غرامه و سواء كانت مساويه للحقّ فى الماليّه او زائده او ناقصه عارضها ما دلّ على الضّمان و على لزوم تدارك ما فات من مال المالك بمقداره و مماثله و ما يساويه فى الماليّه و الصّفه سواء كان من الرّبويات او من غيرها و لزم الحكم بتساقطهما او الرّجوع الى المرجّحات و التّرجيح لادلّه الغرامات فانّا لو قدّمنا ادلّه الرّبا و عملنا بها فى مورد التّعارض لكان اللّازم عدم الحكم بضمان الغاصب لشى ء اصلا لو تعذّر المثل فى المثلى فى موارد منها الذّهب و الفضّه مط فانّه لو تعذّر مثلهما بعد التّلف يضمنان كغيرهما من المثليّات بقيمتهما من نقد البلد ثمّ ان اختلف المضمون و النّقد جنسا او اتّفقا و تساويا فى الوزن و القيمه فلا كلام و ان اتّفقا جنسا و قيمه و اختلفا وزنا لزم سقوط الضّمان رأسا لا لزوم التّقويم بنقد اخر من غير الجنس حذرا من الرّبا كما عليه الاكثر و ذلك لانّ ما دلّ على اصل الضّمان و على كون المضمون مماثلا للتّالف و المدفوع مماثلا للمضمون امر واحد و هو دليل اليد و رفع اليد عن المماثله المستفاده منه يوجب رفع اليد عن اصل الضّمان لامتناع تفكيكهما لكونهما مستفادين من جمله واحده و هو قوله (ص) على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى و هذا ضرورى البطلان بخلاف ما لو قدّمنا دليل الضّمان و جوّزنا تقويم الذّهب و الفضّه التّالفين بجنسهما و ان اختلف النّقد و المضمون وزنا كما عن السّرائر و كيف كان فالعمده ما قدّمناه من منع شمول ادلّه حرمه الرّبا لباب الغرامات و الحكم فيها هو ما دلّ على الضّمان بالمثل او القيمه و لبعض ما ذكرناه تامّل فى الجواهر فى شمول حرمه الرّبا للغرامات و سبقه الى ذلك محكىّ الكفايه و هذه غايه ما يمكن ان يكون دليلا للجواز و لكنّ الصّواب الّذى لا محيص عنه و يقتضيه دقيق النّظر وفاقا للاكثر بل لعامّه من تقدّم و تاخّر هو جريان الحرمه فى المقام و حكومه ادلّتها على ادلّه الغرامات أيضا و ذلك للاخذ بظواهر الاطلاقات النّاهيه عن الرّبا و عن اكله فانّ الرّبا فى اللّغه كما نصّوا عليه بمعنى الزّياده و الظّاهر من الزّياده هو الزّياده على ما اخذ فى مقابله لا مطلق الزّياده و ان لم يكن فى مقابله شى ء لأنّها من الامور الاضافيّه كالفوقيّه و التّحتيه و الابوّه و النبوّه و ينبغى ان يؤخذ بإطلاقه و يقتصر فى التّقييد على ما قام عليه دليل من نصّ او اجماع و قد ثبت ذلك بما اذا كان المتقابلان متجانسين مكيلين او موزونين و انّه لا ربا بين الوالد و الولد و بين الزّوج و الزّوجه و بين المسلم و الحربى و لا دليل على التّقييد فى المقام و لذا حكى عن المحقّق الأردبيلى ره فى آياته

انّ ظاهر الآيه خاليه عن الشّرائط فبعد ثبوت معنى الرّبا فكلّ دليل يصلح لتقييدها نقيّد به و الّا فلا ه و كثره التّخصيص فى العمومات لا يقدح فيها الّا اذا بلغ الى الاستهجان فما ظنّك بالمطلقات و قد حقّق فى محلّه انّ تقييدها جائز و ان بقيت منها افراد قليله و لا استهجان فى ذلک بوجه و يشهد لما ذكرنا اقتران قوله عزّ اسمه و حرّم الرّبا بقوله احلّ اللّه البيع المحمول على العموم و على إراده معناه اللّغوى و هل يلتزم احد بانّ المراد من الآيه بيع خاصّ لكثره ما ورد عليه من التّقييد باعتبار الشّرائط الكثيره الثّابته فى الشّريعه من حيث المتعاقدين و العوضين او انّ اللّام فيه للعهد او انّه منصرف الى كذا و يشهد أيضا ما عن الاكثر من تفسير الآيه بالزّياده فى مطلق المعاوضات و استدلالهم بها فيها حتّى انّ الظّاهر من الأردبيلى قدّس سرّه شمول الآيه للهبه المعوّضه مع انّها لا معاوضه فيها فى الحقيقه فلو لا اخذهم بإطلاقه اللّغوى لما كان للتّعميم وجه بل يظهر من جماعه كالمحقّق و الشّهيدين حيث استدلّوا بعموم حرمه الرّبا فى المعاوضات على حرمته فى الغرامات على نحو الاستدلال بالكلّى على احد جزئيّاته انّ كلمه المعاوضه عندهم فى باب الرّبا يعمّ الغرامه ثمّ انّ ما ذكرنا يجرى فى جميع النّواهى الوارده فى الرّبا المراد به المال الزّائد و امّا ما اريد به الارتباء او احتمل فيه ذلک فلا يتمّ الّا على بعض الوجوه الآتيه بل يمكن اجراء ما ذكرنا فى مثل قولهم (ع) لا يصلح الّا مثلا بمثل بإراده مطلق البدليّه و العوضيّه و لكن لا يخلو عن نظر لما فيه من الانصراف الى المبادله فان قيل انّ قوله (ع) انّما جاء الرّبا من قبل الشّروط يكون دليلا على التّقييد كغيره من المقيّدات فتخصّص بالمشارطات و لا يعمّ الغرامات قيل الظّاهر لمن لاحظ الحصر انّه اضافىّ كما يشهد عليه صدر الرّوايات الّتى وردت هذه الجمله فيها فانّ الظّاهر منها انّ تحقّق الرّبا فى مفروض السّؤال انّما هو من قبل الشّرط و حذف المتعلّق انّما يفيد العموم حيث لا عهد و لا انصراف و يدلّ على ذلک انّ الشّرط عباره عن الالزام و الالتزام فى العقد كما هو منصرف لفظ الشّرط و هذا لا يلائم الحصر الحقيقى ضروره انّ الرّبا فى البيع و الصّلح يجى ء من نفس العقد لا من الشّرط اذا كان تفاضل بين العوضين الرّبويين فليس الحصر الّا اضافيّا على انّ هذه الجمله غير معمول بها فى موردها ضروره انّه لو دفع درهمين بدل درهم واحد وفاء للدّين و لو من غير شرط فى عقد القرض يكون من الرّبا عندهم و من المقرّر انّ العامّ الّذى خرج مورده عن عمومه لا يعمل به اصلا بل هو محكوم بالاجمال فت و ان ابيت عن تماميّه

الاطلاقات امّا بـدعوى انّ حمل الرّبا على معناه اللّغوى يوجب التّقييـد المسـتهجن لمنع ما تقـدّم من ظهوره فى الزّياده الّتى تكون فى مقابلها شـى ء و لو سـلّم فلهـا افراد كثيره أيضـا كالزّياده فى الاكل و فى السّـير و فى النّوم و فى الكلام الى غير ذلك ممّا لا يحصـى فبقرينه كثره ما يرد عليه من التّقييـدات ح يعلم انّ المراد به زياده خاصّه كانت معهوده فى زمان نزول الآيه و امّا بدعوى انصـرافه إليهـا بـالخصوص نظير ما تـداول فى زماننا من قولهم فلان يأكل الرّبـح و فلان يأكل الرّبا حيث يريـدون به خصوص ما يبتغونه فى الـديون و المبايعـات الشـرطيّه فالمراد زياده خاصّه كانت معهوده فى زمان نزول الآيه كما يظهر ممّا ذكروه من سـبب نزول آيات الرّبا بل و من قوله تع يَمْحَقُ اللّٰهُ الرِّبٰا وَ يُرْبِی الصَّدَقٰاتِ حيث انّ الظّاهر بقرينه المقابله ان ليس المراد مطلق الزّياده بل زياده خاصّه و يؤول ما يدّعى اطلاقه الى المجمل المردّد بين الاقلّ و الاكثر و لا يصحّ رفع اليد بسببه عمّا دلّ على عموم الضّمان بالمثـل او على خصوص ضـمان المثلىّ فلنـا مسـلك اخر فى شـمول ادلّه الحرمه للغرامات و هو انّ المسـتفاد منها كون الوجه فى التّحريم و النّهى عن بيع الزّائد بالنّاقص ليس الّا دفع الزّائد بدلا عن النّاقص بل وقوعه بدلا عنه و ان لم يكن عن اختيار فالوجه هو دعوى اسـتظهار المناط القطعى و انّ ادلّه التّحريم و لو فى المعاوضات و النّهى عنه بالنّهى الشّديـد و التّحريم الاكيد تنادى باعلى صوتها بانّ اخـذ الزّائـد فى الرّبويات و ان لم يكن عن عقـد و التزام مبغوض شـرعا الى الغايه و قبيـح عنـده الى النّهايه فانّ مجرّد الالـتزام المعـاملى بشـى ء كيف يتّصف بالقبـح مـا لم يكن نفس الشّـى ء قبيحـا و يتّضـح هـذا بـالنّظر الى كافّه الاوامر و النّواهى التوصّـليّه و الالتفـات الى انّ الـدّاعى فى تحريم الالتزام هو قبـح الملتزم و كما انّ الامر المقـدّمى يـدلّ على وجوب ذى المقـدّمه بالالتزام و النّهى المقـدّمى يـدلّ على حرمه ذى المقـدّمه كـذلك فكـذلك الأمر بـداعى كذا و النّهى بداعى كذا يدلّان بالالتزام على محبوبيّه الـدّاعى و مبغوضـيّه و كمـا انّه يسـتفاد من جمله من النّواهى المتعلّقه بالمحرّمات كون المتعلّق مبغوضا و لا يرضـى الشّارع بتحقّقه فى الخارج مثل النّهى المتعلّق بالزّنا و السّـرقه حيث يستفاد انّ الشّارع لا يرضى و ان صدر عن غير المكلّف او عن الغافل و لذا يجب على الولىّ بل على عامّه النّاس منع الصبىّ و المجنون و غير الملتفت عنهما فكذلك يستفاد من ادلّه حرمه الرّبا كقول الصّادق عليه السّـلام درهم ربا اشـدّ عنـد اللّه من سـبعين زنيه كلّها بذات محرم مبغوضـيّته مط بل لعلّ فى تشبيه الرّبا بالزّنا دلاله واضحه على ذلك و يزيدك وضوحا انّ الالتزام فى المعاملات

فی جمیع موارده لم یتعلّق به نهی من الشّارع الّا من جهه ما یترتّب علیه من الملتزم و الحاصل انّ المستفاد من الادلّه انّ اخذ الزّائد بدلا عن النّاقص فیما یکال او یوزن بشرائط حرمه الرّبا لمّا کان محظورا عند الشّارع و مبغوضا عنده نهی عن الالتزام به لانّ الالتزام اوجب قبحا فیه بحیث لو لاه لما کان قبیحا فقبح الالتزام انّما ینشأ من قبح الملتزم و استفاده هذا الامر فی کمال الظّهور و یدلّ علی ما ذکرنا أیضا انّ تحریم الشّارع اعطاء الزّائد بدلا عن النّاقص یدلّ علی عدم الزامه تع المکلّف علیه فانّه اذا حرّم علیه الالتزام به فکیف یلزمه بذلک و الضّمان و الغرامه نوع معاوضه قهریّه شرعیّه ثمّ انّه قد ورد فی عدّه من الاخبار الحکم بحرمه اخذ الزّائد فی الرّبویات من غیر تقیید بکونه عن التزام و مشارطه مثل ما رواه فی یب فی الصّحیح عن ابی عبد اللّه (ع) و سئل عن الرّجل یشتری الحنطه فلا یجد عند صاحبها الّا شعیرا أ یصلح له ان یأخذ اثنین بواحد قال لا انّما اصلهما واحد و ما رواه عن هشام بن سالم عنه أیضا قال سئل عن الرّجل یبیع الرّجل الطّعام الاکرار فلا یکون عنده ما یتمّ له ما باعه فیقول له خذ منّی مکان کلّ قفیز حنطه قفیزین من شعیر حتّی تستوفی ما نقص من الکیل قال لا یصلح لانّ اصل الشّعیر من الحنطه و لکن یردّ علیه من الدّراهم بحساب ما نقص من الکیل و ما ورد فی ذمّ الزّائد و المستزید مثل ما رواه فی الصّحیح عنه (ع) الفضّه بالفضّه مثلا بمثل لیس فیه زیاده و لا نقصان الزّائد و المستزید فی النّار الی غیر ذلک من النّصوص المعتبره الدالّه علی انّ نفس اعطاء الزّائد بدلا حرام فی الشّریعه فالمتحصّل من دقیق النّظر فی الآیات و الاخبار السّابقه و من ظواهر الاخبار اللّاحقه المنع عن مبادله الزّائد بالنّاقص و عدم وقوعه بدلا عنه فیحرم فی المثلی الّذی تعذّر مثله فی الجنس و الوصف و الوزن و القیمه و لم یوجد الّا ما یخالفه وزنا لا قیمه و جنسا او ما یخالفه فی الجوده و الرّداءه او فی الصحّه و العیب لا ما یخالفه من حیث الامتزاج اعطاء المخالف فی الوزن و یحرم اعطاء ارش النّقص مع المجانس الردیّ و المعیب حذرا من الرّبا و یجب دفع قیمته من غیر جنسه تامّا او من جنسه و غیر جنسه بحیث یکون مجانسه اقلّ منه وزنا من غیر فرق بین جعل النّاقص بدلا عمّا فی ذمّته من المماثل او بدلا عن التّالف ثمّ انّه کما ظهر عموم حرمه الرّبا للغرامات و عدم اختصاصها بالمعاوضات و الالتزامات ظهر أیضا انّ المنافی لعموم حرمه الرّبا فی الغرامات هو الحکم بضمان التّالف بقیمته من جنسه لا الحکم باصل الضّمان لانّ ادلّه الرّبا لا تدلّ علی نفی الضّمان رأسا و انّما

تـدلّ على نفى الضّـمان بالمجانس المـذكور و توهّم انّ دليل اصل الضّـمان و كونه بالمماثل واحـد و اذا ذهب القيد بحكم ادلّه الرّبا ذهب المقيّـد لكونهما مسـتفادين من جمله واحـده و هى حـديث على اليـد مـدفوع بما مرّ عليك فيما تقـدّم من عـدم دلاله الرّوايه و غيرهـا من ادلّه الضّـمان الّا على اصل الضّـمان و يشـمل النبوّى بعمومه صوره بقاء العين و تلفها و امّا اعتبار المماثله فى صوره التّلف فهو امر اسـتفدناه من الخـارج و هو حكم العقل بـذلك فانّا لمّا رأينا انّ الشّارع لم يبيّن فى شـى ء من ادلّه الضـمان على كثرتهـا ما يعيّن المضـمون به عرفنا انّه احال هـذا الامر الى العرف فكلّما صـدق مع التّلف انّه اداء للعين عرفا و به يخرج عن عهـدتها كـان متعلّقـا للضّـمان و هو يختلف باختلاف الموارد ففى بعضـها صـدق الاداء بردّ المثل و فى بعضـها بردّ القيمه و بعد ثبوت عموم الرّبا عرفنا انّ الشّارع منع فى الربويّات عن دفع المماثل و يكون المسأله نظير مسـئله غصب الخمر من الذمّى المسـتتر فانّ الشّارع لمّا حكم باحترامها و حكم أيضا بعـدم اسـتقرار الخمر فى ذمّه المسـلم او فى الذمّه مط و لو كان الغاصب مسـتحلّا له كـان الحكم ضـمانها بالقيمه لانّ المثل متعـذّر بحكم الشّارع و التعـذّر الشّـرعى كالعقلى ففى المقام لا مناص عن ضـمان القيمه عملاـ بحـديث على اليـد مـا اخـذت و غيره من ادلّه الضّـمان بضـميمه حكم العقـل و العرف لاـ المثل النّاقص او المثل المساوى المعيب مع ارش العيب و لاـ مثـل الخمر مع كونهـا مثليّه ثمّه نعم فرق بين المقـام و ضـمان الخمر للـذمىّ بانّ مقتضـى الجمع بين الادلّه فى الاوّل هو ثبوت اشتغال ذمّه الضّامن بالمماثل الّا انّه لمّا تعذّر شرعا للزومه الرّبا وجب اداء قيمته من غير جنسه كغيره من المثليّات الّتى تعذّر مثلها و عدم اشـتغال الذمّه بالمثل اصـلا فى الثّانى و اشـتغالها بالقيمه من أوّل الامر لامتناع اشتغال ذمّه المسلم او مـط قضـاء لحقّ ادلّتهـا ثمّ انّ الظّاهر لمن راجع كلمات الاصـحاب انّ كلّ من قال بجريان الرّبا فى مطلق المعاوضات فهو قائل بجريانه فى الغرامات بل الظّاهر من بعضهم اندراج الغرامات فيها موضوعا فتريهم فى مسئله تلف الذّهب و الفضّه كانتا مضروبتين أم لا يـذكرون انّه لو تعـذّر المثل بعـد التّلف يضـمنان كغيرهما من المثليّات بقيمتهما من نقـد البلـد و لو اتّفق المضـمون و النّقد جنسا و قيمه و اختلفا وزنا يقوّمان بنقد اخر من غير جنسـهما حذرا عن الرّبا و كذا فى مسئله ما لو كان التّالف مشتملا على صنعه محلّله لها قيمه و يفرّعون الحكم بعـدم وقوع الرّبا عمومه لعامّه المعاوضات و ذلك ظاهر لمن راجع كلمات الاساطين كالشّيخ و المحقّق و ابن ادريس و

غیرهم فی الغصب و تریهم ینسجون علی هذا المنوال فی سائر الابواب فی فروع کثیره ممّا لیست بمعاوضه اختیاریّه فمنها ما یظهر منهم فی البحث عن المنجّزات التبرّعیّه للمریض علی القول بانّها من الثّلث عند الکلام فی مسئله ما لو باع کرّا من طعام قیمته ستّه دنانیر بکرّ قیمته ثلاثه دنانیر من انّه لیس للورثه استرجاع السّدس لاستلزامه الرّبا ففی الشّرائع فی کتاب الوصیّه الثّالثه اذا باع کرّا من طعام قیمته ستّه دنانیر و لیس له سواه بکرّ ردّی قیمته ثلاثه دنانیر فالمحاباه هنا بنصف ترکته فیمضی فی قدر الثّلث و لو رددنا السّدس علی الورثه لکان ربا و الوجه فی تصحیحه ان یردّ علی الورثه ثلث کرّهم و یردّ علی المشتری ثلث کرّه فیبقی مع الورثه ثلث کرّ قیمته دیناران و مع المشتری ثلثا کرّ قیمتهما أربعه دنانیر فینفصل معه دیناران و هی قدر الثّلث من السّتّه ه و عن المسالک انّه قال فان کانا ربویّین لم یمکن الحکم بصحّه البیع فیما قابل الثّمن خاصّه من المبیع و فی مقدار الثّلث بعد ذلک و البطلان فی الزّائد للزوم الرّبا لانّه علی تقدیر کون العوض الواصل الی المریض یساوی نصف قیمه ما باعه ما مقابل نصفه مجموع العوض فلا تبرّع فیه فلو صحّحنا من النّصف الاخر مقدار الثّلث و ارتجعنا الباقی و هو السّدس لزم الرّبا لانّه یکون قد صحّ البیع فی خمسه اسداس کرّ بکرّ ه و یظهر من العلّامه فی القواعد و الارشاد و من غیره تسالمهم علی عدم الحکم باسترجاع السّدس لاستلزامه الرّبا و فی الجواهر لم اجد خلافا فی ذلک و الحکم صحّه البیع فی ثلثی المبیع بثلثی الثّمن و منها ما ذکره بعضهم فی مسئله ما لو اشتری المفلّس زیتا فخلطه باجود منه من انّه یبطل حقّ البائع من العین و یضرب بالقیمه و عن الشّیخ بعد اختیاره لهذا القول حکایه قول اخر و هو ان یدفع الی البائع من عین الزّیت بنسبه قیمه ما یخصّه ثمّ غلّطه باستلزام الرّبا و ستسمع ما عن لک انّ تغلیطه انّما یتمّ علی القول بثبوت الرّبا فی کلّ معاوضه و منها ما یظهر منهم فی باب الصّرف فی مسئله ما لو باع درهما بدرهم فوجد فی احدهما عیب کخشونه الجوهر و اضطراب السکّه من انّه یتخیّر بین الردّ و الامساک و لیس له المطالبه بالارش و یظهر من بعضهم عدم الخلاف فی ذلک فحکمهم فی هذه المسائل و امثالها فرارا عن الرّبا یعطی عموم حرمته عندهم للغرامات ضروره انّه لیس فی شی ء منها لو قلنا بما وجب التّفاضل معاوضه اختیاریّه فانّها ح تکون قهریّه ثابته بحکم الشّارع ببطلان البیع فی السّدس فی المسأله الاولی و بعدم استحقاق البائع للزّیت من المفلّس لما یزید علی مقدار ماله فی المالیّه فی الثّانیه و بلزوم اعطاء

الارش الّذی هو غرامه لا جزء عوض فی الثّالثه و بالجمله تعمیم الرّبا للمعاوضات قاض عندهم بتعمیمه الغرامات فان تمّ هذا اجماعا مرکّبا منهم فهو و الظّاهر لمن راجع کلماتهم انّه کذلک لعدم الاعتداد بمخالفه من عادته المناقشه و الّا فلیکن مؤیّدا او مقوّیا لما قوّیناه من عموم الحرمه للمعاوضه هذا تمام الکلام فی عموم ادلّه حرمه الرّبا و امّا حکومتها علی ادلّه الغرامات فهی علی حذو حکومه غیرها من ادلّه المحرّمات علی ادلّه المعاملات ضروره انّها من العناوین الاولیّه الّتی لا تقاوم العناوین الثّانویّه لانّها تکون ناظره إلیها و شارحه عنها و هذا هو المراد من الحکومه و یرشدک إلیها فی المقام انّه لو لا ادلّه المعاوضات و الغرامات لما کان لتشریع حرمه الرّبا و تأسیسها فائده و لا یعتبر فی الحکومه تاخّر الحاکم عن المحکوم و ما یعدّ عند العرف شارحا و مبیّنا لآخر لا یعدّ عندهم معارضا له و منافیا ایّاه فیکون تقدّم الحاکم علیه فی نظر العرف تقدّما ذاتیّا لا لمکان التّرجیح علی انّ ادلّه حرمه الرّبا اخصّ مط من جمیع ادلّه المعاملات و ان کانت اذا قیست مع آحادها کانت النّسبه عموما من وجه نظیر قوله تعالی مٰا جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ و نظیر حدیث نفی الضّرر

الامر الثّانی قد یستشکل فیما ذکرناه تبعا للقوم من جریان حرمه الرّبا فی کافّه المعاوضات و الغرامات بانّ هذا مناف لما ذکروه فی باب القسمه من انّه یقسّم المکیل و الموزون کیلا و وزنا متساویا و متفاضلا ربویّا کان او لا فلو کان لاحدهما رطل من دهن جیّد یساوی درهما و لصاحبه رطل یساوی نصف درهم فاختلطا اختیارا او قهرا یشترکان بحسب المالیّه و یقتسمان بحسبها فیکون لصاحب الجیّد ثلثا المجموع و لصاحب الردّی الثّلث فی الشّرائع فی باب الرّبا القسمه تمییز احد الحقّین و لیست بیعا فتصحّ فیما فیه الرّبا و لو اخذ احدهما الفضل و عن عد و القسمه لیست بیعا فیجوز فیما ثبت فیه الرّبا و ان تفاضلا و عن ط و کره و یر و نهایه الاحکام و غیرها أیضا ما یظهر منه حصول الشّرکه بالمزج بحسب المالیّه و لزوم القسمه بحسبها و ان تفاضلا بحسب الوزن و وجه التّنافی انّ القسمه مشتمله علی معاوضه و مبادله بین الشریکین لا محاله لانّ حقّ کلّ منهما منبعث علی سبیل الاشاعه فی تمام العین فکلّ جزء یفرض هو لهما معا فاذا اقتسما یرفع کلّ یده عن حقّه الموجود فی حصّه شریکه بدلا عمّا فی یده من حصّته و هذه معاوضه محضه الّا انّها لیست ببیع و لذا یخصّون البیع بالنّفی فی قولهم القسمه تمییز حقّ لا بیع و کانّه الی هذا اشار فی الرّوضه ردّا علی العامّه القائلین بانّها بیع

بانّ اشتراک کلّ جزء یفرض قبلها بینهما و اختصاص کلّ واحد بجزء معیّن و ازاله ملک الاخر عنه بعدها بعوض مقدّر بالتّراضی لیس علی حدّ البیع حیث یظهر من هذه العباره التزامه باصل المعاوضه و انّه منکر لخصوص کونها بیعا و الاقتسام متفاضلا فی الربویات ینافی ما سبق من عموم حرمه الرّبا و قد یجاب بمنع کون القسمه معاوضه بدعوی انّ المراد من اشاعه الشّرکه دوران حقّ الشّریک بین مصادیقه فکلّ مالک للنّصف الکلّی المنطبق علی کلّ نصف یفرض نحو ملک کلّی الصّاع فی الصّبره و ملک الشّاه فی اربعین شاه و ملک المائه فی الثّلث بالوصیّه فکلّ نصف یفرض فی الخارج مشاعا او مفروزا فهو قابل لان یکون ملکا له لکونه مصداقا لنصفه نظیر الدّراهم الخارجیّه القابله لان تکون مصداقا للدّرهم الکلّی الّذی هو دین علیک فکما یتشخّص الکلّی فی الذمّه فی الفرد الخارجی و یحکم علیه بانّه هو و بانّه غیره فکذلک فی النّصف المشاع الّذی هو کلّی خارجیّ و اذا عیّن فی ضمن فرد خاصّ من النّصف یکون هو حقّه و ملکه لا انّه عوض عنه و اذا کان امر الملک فی الشّرکه بهذه المثابه لا یکون فی قسمه المال المشترک کیف کانت معاوضه و لا غرامه فلا ربا و قد مرّ علیک فی مسئله بیع بعض من جمله متساویه الاجزاء عدم تمامیّه هذا الکلام مفصّلا و الصّواب ان یقال انّ حقیقه القسمه لغه و عرفا هی عباره عن تمییز الحقّ و تفریق الشّی ء عن الشّی ء و افرازه منه کما نصّ علیه الجمیع و عرّفوها بانّها افراز حقّ او تعیین حقّ و صرّح جمع بانّ کلّا من المتشارکین یأخذ عن حقّه بعدها کالشّهید فی المسالک و غیره و نصّ آخرون بانّها لیست بیعا و لا معاوضه اخری و بالجمله لیس فیها شی ء من المبادله و المعاوضه و النّقل و الانتقال بل کلّ یأخذ عین حقّه بها و هذا المعنی قد ینکر فی بادی النّظر نظرا الی ما عرفت فی تقریر الاشکال و لکنّ الوجه فیما ذکروه من انّها لیست معاوضه هو انّ مجرّد انتقال مال من احد الی غیره لیس معنی المعاوضه فانّها تحتاج فی تحقّقها الی قصد إنشاء النّقل و الانتقال من الطّرفین فانّ نقل احد العوضین بإزاء العوض الاخر و فی مقابله شرط فیها و لا یتحقّق ذلک من احد الشّریکین عند القسمه ضروره عدم لحاظ ذلک عندها فانّهما لا یقصدان الّا تعیین حقّهما و تمییز مالهما من المال فی المجموع بادّعاء انّ الحصّه المفروزه لکلّ منهما عین حقّه و

توضیح ذلک انّ من الظّاهر انّ العرف یجعلون من عند انفسهم الحصّه المشاعه فی المال المنبثّه فی اجزائه معیّنه فی ضمن حصّه معیّنه تعیینا جعلیّا

نظير تعيينهم لما فى الذمم فى ضمن فرد خاصّ و حكمهم عليه بانّه ملك الدّاين مع انّه مغاير للكلّى الثّابت فى الذمّه و نحو ما اذا اختلط مدّ من حنطه بمدّ من شعير ففرّقوا احدهما عن الاخر و يقولون قد فرّقنا بينهما فكانّهم يفرضون الحصّه المشاعه كالحنطه المذكوره و تعيينها بمنزله التقاط حبّاتها من بين الشّعير و افرازها على سبيل الاستقلال و نحو تعيين الكلّى الخارجى الّذى تقدّم ذكره فى الجواب السّابق فى ضمن بعض مصاديقه بجعل منهم فلا مبادله فى نظرهم و لا شمّت من رائحتها اصلا كما لا مبادله فى اصل خلط المالين فكما انّهم يحكمون عند خلط الزّيت الجيّد بالردى ء و الحنطه الجيّده بالرديئه مع وجود اعيان ملك كلّ بين المجموع بانّهما متشاركان بحسب الماليّه على سبيل الاشاعه من غير ان يكون بين المتشاركين مبادله و معاوضه فكذلك يحكمون فى مقام التّقسيم انّ بالقسمه يتميّز حقّ كلّ من حقّ صاحبه و ليس لها عند العرف معنى غير هذا و الشّارع بحكم ما دلّ على جواز القسمه قد امضى ما عند العرف بل كلّ ما دلّ على جواز القسمه يدلّ على هذا المعنى ضروره انّه ليس للشّارع فيها حقيقه شرعيّه و لا متشرعيّه على حذو غيرها من سائر عناوين المعاملات كالبيع و الصّلح و الاجاره و الهبه و القبض و الشّركه و الغصب و الاقرار و غيرها فكما انّه ليس له اصطلاح جديد فيها فكذلك فى القسمه و هذا هو السرّ فى قول الجميع انّ القسمه افراز حقّ لا بيع و السرّ فيما ذكره فى الرّوضه فى باب الرّبا من انّه لا ربا فى القسمه لانّها ليست بيعا و لا معاوضه بل هى تمييز الحقّ عن غيره و وافقه فى هذا التّعبير صاحب الجواهر و بتنصيص الرّوضه كما عرفت يظهر الجواب عن العباره الموهمه خلاف ذلك المتقدّمه فى تقرير الاشكال و بالجمله انّ التأمّل فى طريقه العرف و الشّركاء يرشد الى خلوّ القسمه عن المعاوضه رأسا اختياريّه و قهريّه و انّما هى عباره عن جعل الحصّه المشاعه كالنّصف مثلا معيّنه فى ضمن الحصّه المفروزه و النّصف المفروز ادّعاء كالاستعاره على مذهب السّكاكى من غير تخيّل مبادله كما انّ الملك المفروز المعيّن ينقلب مشاعا عندهم بمجرّد المزج الموجب لرفع التميّز و القسمه على العكس من الشّركه المزجيّه بل منشأ القسمه فى الشّركه المزجيّه هو الشّركه الحاصله بسبب المزج فان كان فى القسمه ربا فهو فى الحقيقه فى اصل الشّركه لا فى القسمه و التّحقيق انّ الشّركه المزجيّه عند العرف انّما هى جعل مالين متميّزين مالا واحدا مشاعا بالمزج و ليس فيها شى ء من المبادله و يأتيك بيانه و ينبغى التّنبيه على مطالب الاوّل انّه على فرض كون القسمه معاوضه و قد عمّها دليل حرمه الرّبا كان اللّازم أيضا تقديم دليل القسمه على دليل الحرمه لقوّه دليل القسمه و لو

بالعمل و قد نقل جماعه وقوع الاجماع عليه و عن الجواهر الاستدلال على نفى النّقل فى القسمه بالاجماع على عدم دخول الرّبا فيها و هو كما ترى الثّانى انّ الرّبا المتصوّر فى القسمه قد يكون فى القسمه كما اذا ورثا كرّا من حنطه و كرّين من شعير او ورثا كرّا من حنطه جيّده و كرّين من حنطه رديّه فقسّماها برضا منهما بان اخذ احدهما الجيّده و الاخر الرديّه و هذا هو الّذى بحثنا عنه و قد يكون كما سبق إليه الاشاره فى الشّركه بالاصاله و فى القسمه بتبعها كما اذا مزجا الجيّد بالردى ء فانّ الرّبا المفروض فيه ان كان فانّما هو فى الشّركه لا فى القسمه الثّالث انّ ما عرفت من نفى الرّبا فى القسمه انّما هو فى غير قسمه الردّ و امّا فيها فيتصوّر الرّبا و يحرم و يجب ان يراعى فيها عدم التّفاضل و ذلك كما اذا اشتركا بالمناصفه فى رطلين من حنطه بيضاء فاقتسماهما قسمه ردّ بان اخذ أحدهما رطلا و نصفا و الاخر نصف رطل و دفع إليه الاوّل رطلان من حنطه حمراء بدلا عمّا لم يأخذ من حقّه فانّها ربا محرّم لكون قسمه الردّ مشتمله على المعاوضه و ان لم تكن محضه و قد نصّ على ذلك جماعه و لم نظفر على قائل بالجواز

الأمر الثّالث فى بيان الشّركه المزجيّه اعلم انّ حدّ الشّركه مط عند الاصحاب هو اجتماع حقوق الملّاك فى الشّى ء الواحد على سبيل الاشاعه و قد بيّنا حقيقه الاشاعه فيما سبق و لا ينبغى الرّيب فى سببيّه الامتزاج الموجب لالتباس مالين متميّزين لمالكين الاشتراك و الاشاعه بينهما حكما فى الجمله و قد قضى به الاجماع بل الضّروره كما لا ريب فى سببيّه العقد و الارث لها بالاتّفاق و الحيازه على بعض الوجوه و انّما الاشكال فى بعض تفاصيل هذه الجمله و لا بدّ من البيان فى ضمن امور الاوّل قد يتوهّم انّ مجرّد اشتباه مال شخص بمال اخر كما اذا اشتبه درهم بدرهم او عبد بعبد يوجب الشّركه و الاشاعه بمعنى خروج عين المالين عن ملكهما و قيام ماليّتهما بالكسر المشاع و يستشهد له بما ورد فى رجل استودع رجلا دينارين و استودعه الاخر دينارا فضاع دينار منها فقال (ع) يعطى صاحب الدّينارين دينارا و يقتسمان الدّينار الباقى بينهما نصفين بدعوى وروده مورد الشّركه و هو كما ترى فى غايه الوهن لمخالفته للاصول و القواعد و العرف الحاكم بحصول الشّركه فى خصوص المزج و امّا الرّوايه فهى على خلاف مراده ادلّ ضروره انّها لو كانت ناظره الى الشّركه لكان اللّازم الحكم بقسمه الدّينارين على التّثليث لا التّربيع و لذا نزّلها عامّه الاصحاب على الصّلح القهرىّ و ذكروها فى باب الصّلح و اعترفوا بمخالفتها للقواعد و انّ القاعده فى موردها هى القرعه لا التّربيع

فالصّواب افتقار حصول الشّركه الى المزج الّذى هو اخصّ من الاشتباه و لا تكون الّا فيما تعدّدت المشتبهات و كثرت و امتزجت و اختلطت بحيث لم يتميّز بعضها عن بعض فلا يكفى اشتباه صبره بصبره او صيعان متميّزه بمثلها او عبد بعبيد و اغنام بمثلها و حبّه حنطه باخرى مثلا الثّانى المزج قد يكون باختلاط العينين بحيث لا يبقى ذرّه الّا و قد تلاصقت بذرّه من مال اخر بحيث لو قلنا بوجود الجوهر الفرد لكان كلّ جزء من اجزاء المالين الّتى لا- تتجزّى مخلوطا بجزء اخر و هذا المزج و ان لم يكن حقيقيّا حقيقه لاستحاله تداخل الا-جزاء بعضها فى بعض و كلّ ما يوجد مزج فى الخارج فهو لا محاله عرفىّ و لكنّه اقرب الى المزج الحقيقى و هو يوجب الشّياع جزما على عكس القسمه و السرّ فى ذلك انّ اجزاء مال كلّ منهما تخرج ح فى حدّ انفسها عن اهليّه الماليّه بل الملكيّه و الاختصاص ضروره انّها بعد المزج بحكم التّالف اذ لا معنى لتلف المال الّا تلف ماليّته و ذهاب صورته النّوعيّه فانّ من الواضح امتناع صيروره الموجود معدوما صرفا فبالمزج قد تلف شيئان و حصل شى ء ثالث مثل زرع الحنطه الّذى هو اتلاف لها و تسبيب للسّ-نبله و الى هذا ينظر كلام ابن ادريس ره فى باب الغصب من انّ مزج العين المغصوبه بعين من الغاصب اتلاف لها و ان انكر عليه كثير ممّن تاخّر عنه و بالجمله لا ينبغى الرّيب فى خروج كلّ من المالين بالمزج الكذائى عن الماليّه و لا تعدّ اجزائهما اموالا كما لا تعدّ اجزاء الاجسام المملوكه الّتى لا تتجزّى بانفسها اموالا بل لا يعدّ بعض الاجزاء و لو كانت اكبر من الجواهر الفرده اموالا- و لا املاكا و لا قابله لحقّ الاختصاص و لا تكون متعلّقه للسّ-لطنه و الرّبط الخاصّ و النّسبه المخصوصه نعم يحصل بسبب مزجها و اختلاطها ماليّه ثالثه قائمه بالمجموع و بقيامها به يحكم العرف بكون المجموع مستحقّا للمالكين على سبيل الاشاعه بحسب ما اتلفاه من الماليّتين اللّتين صارتا مادّه للماليّه الثّالثه فهى ماليّه جديده حصلت لهما بسبب مزجهما لماليهما يستحقّان منها على حسب نسبتهما إليها و ذلك نظير ما اذا اجتمعا على حفر بئر او صرفا دراهم لحفرها فانّهما يملكانها على حسب ما بذلاه من المال او العمل لا انّ ماليّه كلّ يبقى فى الاجزاء الممزوجه المنبثّه فانّها على الفرض ليست اموالا لا- بانفسها و لا بمجموعها على ما هى عليه من البثّ اذ ليست هى الّا كالذرّات المبثوثه فى الهواء و لا يتفاوت الحال فيما ذكرنا بين كون المال لشخص واحد او لشخصين فانّ الاجزاء الموصوفه لا يقبل الملكيّه مط و انّما المملوك هو المركّب منها و من غيرها من الاجزاء الاخر و لا ينافى هذا ما

ذکرناه سابقا من انّ الحصّه المشاعه عباره عن الاجزاء المنبثّه الملحوظه فی العین و هی مملوکه لانّ الاجزاء الّتی جعلناها سابقه مملوکه لم یفرض فی الصّغر بهذه المثابه فراجع و الغرض فی المقام بیان انّ المزج المذکور سبب لامرین الاوّل خروج کلّ من المالین عن المالیّه و اجزائهما عن حقّ الاختصاص الثّانی انقلاب ملک کلّ منهما عن الامتیاز الی الاشاعه علی النّحو المتقدّم بحسب ما اتلفاه من المالیّه سواء کان المزج اختیارا او اضطرارا منهما او من احدهما و من هنا یعلم وجه الحکم فی المسأله المشار إلیها من باب الغصب انّ مقتضی القاعده کون المالک مخیّرا بین تضمین الغاصب بالبدل و اخذه حصّته من المجتمع عملا بالسّببین و کذا فی مسئله اتلاف البائع المبیع قبل اقباضه یکون المشتری مخیّرا بین تضمینه بالثّمن بقاعده کلّ مبیع تلف الخ و قاعده تعذّر التّسلیم و تضمینه بالقیمه بقاعده من اتلف مال غیره و لا منافات بین ما ذکرناه و ما یتراءی فی ظاهر العرف من عدّ المالیّه اللّاحقه نفس المالیّه السّابقه و انّها هی من دون طریان التّلف علیها و ذلک لانّ المالیّه الثّالثه هی التّالفه قامت عن الاجزاء المتفرّقه و استقرّت علی الحصّه المشاعه و لیست غیرها علی عکس ما تقدّم فی القسمه فلیلاحظ حالیتها و یصحّ ان یقال هی هی کما یصحّ ان یقال انّها غیرها و لیست هی فمن حیث انّها فی نظر العرف هی یترتّب علیها کلّ ما کان مترتّبا علیها من حیث المالیّه قبل المزج کحقّ الرّهانه و حقّ الفقراء و السّادات و نحوها و من حیث انّها غیرها حکم الحلّی فی المسأله المذکوره باختیار المالک بین التّضمین و التّشریک ثمّ لو فرض بقاء الاختصاص بل الملکیّه لا اشکال أیضا فی عدم تحقّق المعاوضه لانّ مجرّد الملکیّه لا تکون کافیه فی تحقّقها بل لا بدّ من المالیّه بمعنی ان یکون کلّ من العوضین مالا و ارتفاعها بالمزج غیر قابل للتّشکیک و المناقشه و توهّم انّ علی فرض بقاء الاختصاص بعد المزج و قبل الشّرکه فهو بنفسه یکون مانعا عن الحکم بالشّرکه مدفوع بقیام الدّلیل عرفا و شرعا علیها و بقاء الاختصاص بل الملکیّه مع انتفاء المالیّه لا یکون دلیلا علی حصول المعاوضه هذا کلّه فی المزج الحقیقی العرفی و قد یکون المزج باختلاط المالین بحیث یذهب مالیّتهما و یبقی ملکیّتهما کخلط مقدار من ارز زید بارز عمرو او خلط مقدار من حنطتهما فانّ احاد حبوبهما و ان کانت فی حدّ انفسها قابله للملکیّه الّا انّها خارجه عن المالیّه و الظّاهر انّ الحال فی هذا النّحو من المزج عند اهل العرف هی الحال فی سابقه بمعنی حکمهم بانتفاء المالیّتین و حدوث مالیّه ثالثه و

قـد يكون المزج باختلاطهمـا على وجه يبقى المـاليّه و الملكيّه كمـا اذا اختلـط دراهم من زيـد بـدراهم من عمرو فانّ كلّ واحد منهمـا محكوم بالمـاليّه و الملكيّه و لكن مع ذلك لا يبعـد ان يكون الحال أيضا فى هـذا النّحو عنـد العرف هى الحال فيما سـبق فانّهم يطلقون عليه المزج تسامحا فكانّ الدّراهم بعد الاختلاط قد ذهبت ماليّتها و حصـلت ماليّه ثالثه بتنزيل من اهل العرف و قد يحصل الاختلاط من دون مزج اصـلا فلا يحكمون بماليّه ثالثه كما اذا اشـتبهت البيوت و الدّور و العبيد بل يشكل اطلاق الخلط على هذا النّحو فانّه مجرّد التباس و اشتباه و بالجمله لمّا يستحيل المزج الحقيقى كان الاختلاط امّا مجرّد اشتباه و امّا مزجا عرفيّا و له فى نظرهم مراتب فبعضها اقرب الى المزج الحقيقى كاختلاط الماءين و بعضها يكون دونه كاختلاط الزّيتين المائعين و بعضها مـا هوا دون منه كاختلاـط مقـدار من الحنطـتين الى ان ينتهى الى مرتبه يطلقون عليهـا المزج تسامحـا و من هنـا يعلم انّه قـد يقع الشّـک فى حكم العرف بالمزج و اتّحاد المختلطين و الضّابط هو حكم العرف باتّحاد المختلطين و عـدمه فما يقطع بحكمهم فيه بذهاب الماليّتين و حصول ماليّه ثالثه حقيقه او تسامحا فلا محيص عن متابعتهم فانّهم المرجع فى موضوعات الاحكام فكلّ حكم ترتّب على موضوع المـال المشترک يترتّب عليه قطعـا و مـا يقطع بعـدم حكمهم فيه بـذلک فلا يحكم بالاشتراک و قـد يختلف حكم العرف بالنّسبه الى شـيئين بحسب قلّتهمـا و كثرتهمـا كما فى اختلاط رطلين من الحنطه فانّهم يحكمون بالاتّحاد و حصول ماليّه ثالثه او حنطتين حيث لا يحكمون بذلک و يرونه من قبيل اشتباه درهم بدرهم و عبد بعبد و كلّ ما يشتبه فيه الامر و يحصل الشکّ يرجع الى الاصول و القواعد و يحكم بعدم حصول الشّـركه من اصاله عدم الانقلاب و التبدّل و اصاله بقاء اجزاء كلّ مال على مـا كـان عليه و اصـاله عـدم انتقـال كلّ مال من مالكه الى غيره و الرّجوع الى عمومات القرعه او الصّـلح القهرىّ و انت بعد التأمّل فيما قدّمناه تعرف سرّ ما اشتهر فى السنه الاصحاب و طفحت به عبائرهم فى سائر الابواب من انّه لا ربا فى القسمه و لا فى الشّـركه المزجيّه مع ما هو المشـهور بينهم من تعميم حرمه الرّبا لكافّه المعاوضات فانّ الوجه فى عدم الرّبا فى الشّـركه هو ما بيّناه من عدم حصول التّعاوض و التّبادل و مجرّد حصول انتقال اجزاء من مال شـخص الى صاحبه او بالعكس لا يقتضى المعاوضه بل لاـ يعقـل الحكم بها لانّ معنى المزج المـذكور على ما عرفت هو خروج كلّ جزء من اجزاء مال كلّ من الشّـريكين عن الاتّصال الّذى كان له بماله و اتّصاله بجزء من مال الشّريک و اذا خرج كلّ جزء عن الاتّصال

المذكور خرج عن قابليّه تعلّق حقّ اختصاص المالك به من جهه شدّه صغره الحاصل بالمزج فضلا عن الملكيّه و الماليّه اللّتين كانتا له بالنّسبه الى الاجزاء المتّصله قبل المزج نعم هو مع الجزء الآخر الّذى كان لشخص آخر و اتّصل به قابلان لتعلّق حقّ الاختصاص بهما بوصف الاجتماع فيكون هناك اختصاص واحد قائم بشخصين و ماليّه ثالثه قائمه بهما على ما عرفت و مع ارتفاع حقّ الاختصاص بالنّسبه الى كلّ جزء و ارتفاع الماليّه بالنّسبه الى جميع الاجزاء الثّابتين لكلّ منهما و حصول ماليّه و ملكيّه جديدتين مشتركتين بينهما كيف يحصل بالمزج معاوضه مع وضوح انّ قوامها و تحقّقها لا يكون الّا فيما كان كلّ من العوضين مملوكا الثّالث كلّ مورد يحكم بالشّركه من حيث فوات الماليّه فهو محكوم بها فى الواقع على وجه الحقيقه بمعنى انّه ينقلب فى الواقع و فى علم اللّه تعالى الماليّه و الملكيّه المفروزه أوّلا بالماليّه و الملكيّه المشاعتين و هو ظاهر كلماتهم و يظهر من عباره التّنقيح انكاره لحصول الشّركه فى غير المزج الحقيقى العرفىّ حيث قال الفائده الثّالثه انّ الشّركه امر حادث و كلّ حادث لا بدّ له من سبب و السّبب هنا قد يكون إرثا و قد يكون حيازه كما لو اقتلعا شجره او اغترفا ماء بانيه و قد يكون مزجا كما اذا امتزجت الاجزاء المتساويه المتصغّره بحيث لا يمتاز جزء عن جزء كالادقّه و الادهان لا كالحنطه و الذرّه و الدّخن و السّمسم و الدّراهم الجدد و العتق و قد يكون عقدا كما لو اشتريا سلعه فى عقد ه و هو لا يخلو عن غرابه و اغرب منه ما ذكره فى الجواهر فى اوائل كتاب الشّركه بقوله امّا المزج القهرىّ المجرّد عن قصد إراده إنشاء الشّركه فلا يترتّب عليه ملك كلّ منهما الحصّه المشاعه فى نفس الامر و انّما يفيد الاشتباه فى كلّ من اجزاء المال الّا انّ الشّارع حكم ظاهرا بكونه بينهما من الصّلح القهرىّ الّذى قد تقدّم نظائره فالفرق ح بين المزج القهرىّ و المزج الانشائى هو ما ذكرناه الخ و كلامهما رحمهما اللّه تعالى كما ترى مخالف لفهم العرف بل الظواهر معاقد الاجماعات الرّابع ما فصّلناه من سببيّه المزج للشّركه فى العين على سبيل الاشاعه بسبب انقلاب الماليّه السّابقه الى ماليّه اخرى يقتضى انّه ان اتّفقت قيمه الممتزجين بان كانت الاجزاء المتّصله بعد الخروج عن الاتّصال الّذى كان لها متساويه القيمه حصلت الشّركه للمالكين فى العين بالسويه و اذا اختلفت قيمتهما بحسب الاتّصال السّابق بان كان احد الممتزجين اجود و الاخر اردى حصلت الشّركه بينهما فى العين بحسب قيمه مالهما قبل المزج و لا مانع من هذا الاقتضاء الّا توهّم حصول الرّبا و قد عرفت دفعه بما لا مزيد عليه و قد صرّح بما ذكرنا فى شركه

التّذكره حيث قال فى عبارته المحكيّه تذنيب المثليّات قد يتفاوت قيمتها فيقسّط الثّمن و الرّبح على القسمين كما لو كان لاحدهما كرّ حنطه قيمته عشرون و للآخر كرّ حنطه قيمته عشره فهما شريكان بالثّلث و الثّلثين انتهى و يرشدك إليه تعريفهم للشّركه بانّها اجتماع حقوق الملّاك فى شى ء واحد على سبيل الشّياع بعد ضمّه الى ما ذكروه من انّ من جمله اسبابها المزج على ما يظهر من بعضهم من عموم المزج لمزج المختلفين و يرشدك أيضا الى ما ذكرنا ما ذكروه من غير خلاف يعرف من قسمه المتشاركين بمزج جيّد احدهما بردىّ الاخر العين متفاضله فانّ مبنى القسمه ح هو الشّركه كما هو واضح و كذا يقتضى ان لا يتفاوت الحال فى حصول الشّركه بالمزج بين كونه باختيارهما او بغير رضا منهما او برضا احدهما و عدم رضا الاخر و ان لا يتفاوت الحال بين ان يكون الممتزجان متجانسين كدهنين او مختلفين كخلّ من احدهما و عسل من آخر و عن العلّامه فى غصب التّذكره انّه قال اذا خلط المغصوب بغير جنسه كما لو خلط زيتا بشيرج او مزج دقيق حنطه بدقيق شعير فالمغصوب هالك لبطلان فائدته و خاصيّته باختلاط غير الجنس بخلاف الجيّد مع الردّى و يحتمل قويّا ثبوت الشّركه كما لو مزجاه بالرّضا او امتزجا بانفسهما ه فانظر كيف عدّ مزجهما بالرّضا و امتزاجهما بانفسهما من المسلّمات و انّما استشكل فى مزجهما برضا احدهما و عدم رضا الاخر بملاحظه النّظر الى قاعده الاتلاف ثمّ رجّح الشّركه و اذا كان حال المتخالفين بالجنس هى الشّركه فحال المتجانسين المختلفين بالرّداءه و الجوده اولى بثبوتها بلا اشكال و ما يتراءى من كلماتهم فى مسائل الشّركه و الحيازات و الفلس و الغصب من اعتبار اتّحاد الممتزجين فى الجنس لا ينافى ما ذكرنا لامكان حمل كلامهم على انّ المراد من الاتّحاد فى الجنس هو الاتّحاد فى الاوصاف المشتركه و لو فى بعضها و قد عرفت انّ المزج المعتبر هو المزج الرّافع للامتياز او على اشتراطهم هذا الامر فى الشّركه العقديّه او غير ذلك ضروره حصول المزج الّذى سبب للشّركه فى مختلفى الجنس نحو حصوله فى متّحدى الجنس من غير فرق بينهما و اذا احطت خبرا بما تلوناه عليك فاعلم انّ الزّياده اذا كانت فى القسمه فعلى القول بكونها بيعا يجرى فيها الرّبا قطعا و على القول بكونها معاوضه مستقلّه فالاقوى كما هو المشهور الجريان و على القول بعدم كونها بيعا و لا معاوضه فلا اشكال فى عدم الجريان و لم ينقل الخلاف فيه من احد و قد عرفت بما لا مزيد عليه انّها ليست من احدهما و هى خارجه عن موضوع ما دلّ على حرمه الرّبا و اذا كانت فى الشّركه ففى جريان حكم الرّبا فيها قولان و الاقوى العدم لما عرفت و هو المشهور و عن الشّيخ فى ط فى باب المفلّس فيما اذا امتزج مال الغريم

بمال المفلّس ما هو ظاهر فى فساد القول باشتراكهما فى العين بحسب القيمه اذا كانا مختلفين معلّلا باستلزامه الرّبا فى المعاوضه و الاولى نقل عبارته بعينها قال فى طىّ فروع مسئله كلّ من وجد عين ماله من الغرماء فى اموال الغريم فهو اولى به ما هذا لفظه اذا باع من رجل مكيالا من زيت او شيرج او غيره ثمّ افلس المشترى بالثّمن و وجد البائع عين زيته قد خلطه المشترى بزيت له فانّه لا يخلو من ثلاثه احوال امّا ان يختلطه بمثله او باردإ منه او باجود منه الى ان قال و ان كان الزّيت الّذى اختلط به اجود من زيته فهل يسقط حقّه من عينه أم لا قيل فيه وجهان احدهما انّه يسقط حقّه و هو الصّحيح و الثّانى لا يسقط و وجه الاوّل انّ عين زيته تالفه لانّها ليست بموجوده من طريق المشاهده و لا من طريق الحكم لانّه ليس له ان يطالبه بقيمته و اذا لم يكن موجودا من الوجهين كان له ذلك بمنزله التّالف و لا حقّ له فى العين و تضرب بزيته مع الغرماء و من قال بالقول الثّانى قال يباع الزّيتان معا و يؤخذ ثمنه فيقسّم بينهما على قدر قيمه الزّيتين و قيل انّه لا يباع الزّيت لكن يدفع الى البائع الّذى زيته دون زيت المفلّس من جهه الزّيت بقدر ما يخصّه مثل ان يكون للبائع جرّه تساوى دينارين و اختلطت بجرّه للمفلّس تساوى أربعه دنانير فانّ جمله الزّيت تساوى ستّه دنانير فتكون قيمه جرّه البائع ثلث قيمه جميع الزّيت فيدفع إليه ثلث جميع الزّيت و هو ثلثا جرّه و هذا غلط لانّه يقال لهذا القائل اذا اعطيته ثلثى جرّه فلا يخلو امّا ان تدفعه بدلا عن جرّته او تدفع بدلا عن ثلثى جرّه و تسأله ان يترك الثّلث الباقى فان دفعت الثّلثين بدلا عن الجرّه فهذا محض الرّبا فلا يجوز و ان دفعته إليه بدلا عن ثلثى الجرّه و سألته ترك ما بقى فله ان لا يجيبك لانّه لا يلزمه الهبه و التبرّع انتهى كلامه رفع مقامه و عن المسالك انّه قال بعد نقله عن الشّيخ ما عرفت من تغليطه القول باشتراكهما فى العين بحسب قيمه ما كان لهما ما هذا لفظه و هو يتمّ على القول بثبوته فى كلّ معاوضه و لو خصّصناه بالبيع لم يكن القول بعيدا انتهى و يظهر منه كما تراه انّ ما ذكره الشّيخ على القول بثبوت الرّبا فى كلّ معاوضه ممّا لا اشكال فيه و يظهر من جماعه متابعه الشّيخ فيما قاله منهم صاحب الجواهر و بالتّأمّل فى اطراف ما فصّلناه يظهر لك انّ الحقّ عدم تحقّق الرّبا فى الشّركه المزجيّه فى صوره اختلاف المالين بالجوده و الرّداءه و انّها اجنبيّه عن المعاوضه من جميع الوجوه و لا يخفى عليك انّ تغليط الشّيخ و تصحيح الشّهيد له لعلّه كان من جهه انّهما فهما من كلام من يقول بانّه يدفع الى البائع من عين الزّيت بنسبه ما يخصّه من القيمه انّه لا يقول بالشّركه

بين البـائع و المفلّس فى المـال الممـتزج و يـذهب الى انّ للبـائع ان يأخـذ من العين الموجوده لو وجـدها عوضـا عمّـا يطلب من المفلّس من البـدل و ان كـانت قيميّه لانّ العين الموجوده اقرب الى المبـدل منه من القيمه على ما نصّوا عليه فى باب وفاء الـدّين من انّه يجب على الدّائن قبول نفس العين المقترضه و ان كانت قيميّه اذا دفعها المديون برضـى منه و قلنا بلزوم عقد القرض و لا ريب انّ الحصّه المأخوذه ح عوض يجرى فيه الرّبا

قوله (لكنّك قد عرفت الكلام فى مورد التّعليل)

و ذلك انّ الخيار غير مشروط عندهم بامكان الردّ

[مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضهٍ ماليّهٍ]

قوله (الظّاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه)

اعلم انّ الحكم الثّابت للبيع قـد يثبت له من جهه انّه بيع بمعنى انّ الظّاهر من الـدّليل ترتيب الحكم على موضوع البيع من غير ان يكون المنـاط فيه جهه اخرى كخيار المجلس و الحيوان و نحوهما و هـذا لا اشكال فى اختصاصه بالبيع و عـدم جريانه فى غيره من المعاوضـات و غيرهـا من غير فرق بين ان يكون الحكمه فيه مـا يوجـد فى غيره أم لاـ لانّ وجود الحكمه فى الغير لا يقتضـى تسريه الحكم إليه كمـا لاـ يخفى نعم قـد يتوهّم ثبوت ذلـك فى الاجـاره بـدعوى كون الـبيع حقيقه فى الاـعمّ من نقـل العين و المنفعه و هو مبادله مال بمال سواء كان المال فى كلّها عينا او منفعه او مختلفا و ليس منصـرفا الى نقل العين و هذا هو الظّاهر من كلمات جماعه فى بعض فروع الاجاره حيث حكموا فيه بجريان حكم البيع فيها كما فى خيار تعذّر التّسـليم و نحوه حيث استدلّوا بـانّ الاجـاره بيع فى الحقيقه و لكنّه باطـل قطعا و الثّابت خلافه فانّ البيع امّا حقيقه فى نقل العين او منصـرف إليه اطلاقه فى ابعد الوجهين و لا ينظر الى ظهور كلام بعض فى خلافه على تقـدير ظهوره فيه و يؤيّـده اطباق الكلّ على عـدم جريان خيار المجلس فى الاجاره مسـتدلّين بانّها ليست بيعا حتّى يجرى فيها دليل خيار المجلس و هو قوله (ع) البيّعان بالخيار ما لم يفترقا و قد يثبت له لاـ من حيث انّه بيع بـل من جهه منـاط آخر موجود فى غيره و ان كان الموضوع فى الـدّليل الـدالّ على تشـريع الحكم هو عنوان البيع و ما يشـتقّ منه و ذلك لما استفيد من الخارج من كون المناط فى الحكم المذكور امرا آخر موجودا فى غيره سواء كان من المعاوضـات الحقيقيّه او لاـ ككون تلف المبيع قبـل القبض من مـال البـائع فانّ ما دلّ على ثبوته و ان ورد بما يظهر منه بمقتضـى ظاهر القضيّه اللفظيّه كونه مختصّا بالبيع الّا انّه قد علم انّ المناط فيه امر يوجد فى غيره من عقود المعاوضات الحقيقيّه او ما يقرب إليها بل ما يوجـد فيه شائبه العوضيّه أيضا كالمهر فى النّكاح و ما يجعل فى طلاق الخلع فانّ الحكم المـذكور جار فى جميعها و قد يثبت له حكم من حيث انّه معاوضه و مبادله و هذا

يجرى فى الاجاره و نحوها و لا يجرى فى الصّلح و الهبه المعوّضه لما ذكر فى محلّه من عدم وجود المعاوضه و المبادله فيهما حقيقه و اذا لم يثبت فيهما ففى النّكاح و مثله بطريق اولى و قد يثبت له حكم بدليل ليس فيه عنوان البيع اصلا بل الحكم فيه معلّق على ما يشمل البيع و الاجاره و الصّلح و غيرها كالاقاله و خيار الغبن و الشّرط و العيب و نحوها فانّ المدرك فى ثبوتها ادلّه عامّه لا اختصاص لها بالبيع فان لم يكن هذا العامّ المقتضى لثبوت الحكم من العمومات الموهونه بكثره التّخصيص فيها يعمل به فى غير البيع أيضا بعد الفحص عمّا يقتضى رفع اليد عنه و يرفع اليد به عن العمومات و الاصول المقتضيه للّزوم كما فى خيار الشّرط فانّ ما اقتضى ثبوته ليس عامّا موهونا و ان كان من العمومات الموهونه كالخبر الدالّ على نفى الضّرر و الضّرار الّذى جعل مدركا لخيار الغبن و العيب و نحوهما فان انجبر بعمل جماعه من الاصحاب معتدّ به فى غير البيع يحكم بثبوت ما حكم فى البيع فيه أيضا و ان لم يجبر بعملهم فى اثبات الحكم المذكور فى غير البيع فلا يحكم به و لهذا لا يحكم بجريان الشّفعه فى غير البيع فانّها و ان دلّ عليها النّبوى و جعل الاصل فيها نفى الضّرر و الضّرار الّا انّه لمّا كان محتاجا الى الانجبار بعمل الاصحاب و لم يعملوا به فى باب الصّلح مثلا فلا يحكم بثبوت الشّفعه فيه و يرجع فيه الى اصاله اللّزوم و بالجمله كلّ خيار كان ثبوته فى البيع بحسب اصل الشّرع من غير ان يكون ناظرا الى امر عارض فلا يتعدّى عنه و ان وجد حكمه ثبوته فيه فى غيره و كلّ خيار كان ثبوته فيه بدليل يجرى فى غيره أيضا فان لم يكن من العمومات الموهونه يعمل به أيضا فى غيره من غير شرط و ان كان منها فلا يعمل به الّا بعد الانجبار بالعمل و قد اختلفوا فى جريان خيار الغبن فى غير البيع من كلّ معاوضه ماليّه على اقوال اشار إليها المصنّف ره و الاقوى التّفصيل الأخير و هو الجريان لظهور انجبار ما دلّ على نفى الضّرر بالعمل و قد حكى التّصريح بالعموم عن جماعه اشار الى بعضهم فى المتن و يستثنى منه كلّ عقد وقع شخصه على وجه المسامحه بحيث علم بناء شخص تلك المعامله على عدم المغابنه و المكايسه من حيث الماليّه فكلّ عقد و معاوضه كان البناء النّوعى فيه على تساوى العوضين كالاجاره و الصّلح القائم مقامها او مقام البيع جرى فيه خيار الغبن الّا اذا اقدم المتعاقدان او احدهما على المعامله مبنيّا على عدم الالتفات الى النّقص و الزّياده و كلّ عقد كان البناء النّوعى فيه على التّسالم و التّجاوز و رفع اليد عمّا صالح عنه كائنا ما كان كالصّلح الواقع فى مقام رفع الخصومه او الواقع فى مقام ابراء ما فى ذمّه

المصالح له لا يجرى فيه و كلّ عقد ليس فيه بناء نوعى على احدهما كما فى الجعاله كان ثبوت الخيار فيه مبتيا على الاشتراط فى شخص المعامله

[مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى]

قوله (مع كون الشكّ من حيث استعداد الحكم للبقاء)

ظاهر كلامه طاب ثراه فى المقام انّه لو احرز الموضوع من دليل لفظىّ على المستصحب كما لو ورد مثلا انّ المغبون له الخيار جرى الاستصحاب و ان كان من الشكّ فى المقتضى و من حيث استعداد الحكم للبقاء و ان لم يحرز الموضوع كذلك جرى فى خصوص الشكّ فى الرّافع و هذا يخالف ما ذكره فى الاصول من جهتين الاولى من جهه عدم الاعتبار بالمسامحه العرفيّه فى احراز الموضوع فى استصحاب الحكم الشرعىّ الثّابت بغير الدّليل اللّفظى و هذا مناف لمبناه فى الاصول من كفايه المسامحه العرفيّه مط الّا ان يقال انّ غرضه فى المقام ليس انكار المسامحه فى تعيين الموضوع مط حتّى ينافى ما بنى عليه الامر فى غير الكتاب بل الغرض انكار المسامحه العرفيّه فى خصوص المقام و عدم عدّ العرف على وجه القطع ذات المتضرّر موضوع خيار الغبن او يق انّ غرضه عدم كون لفظ المتضرّر موضوعا فى دليل حكم الخيار حتّى يحرز بقائه بالمسامحه بل الدّليل و هو نفى الضّرر ينفى اللّزوم فى مورد لم يتمكّن المغبون من تدارك ضرره الّا بالفسخ و من تمكّن و لم يفعل فهو موضوع اخر الثّانيه من جهه التّفصيل المذكور فى الشكّ فى المقتضى و هذا مناف أيضا لمبناه فى الاصول من عدم حجيّه الاستصحاب عند الشكّ فى المقتضى مطلقا الّا ان يقال انّ كلامه فى المقام مبنىّ على مسلك القوم من جريان الاستصحاب فى الشكّ فى المقتضى فيريد انّه على فرض جريان الاستصحاب فى الشكّ فى المقتضى ففى المقام محذور يمنع عنه و لا ينافى عدم صحّه استصحاب الخيار أيضا عنده من جهه اخرى و هو كونه من الشكّ فى المقتضى

قوله (مستندا الى احتمال ان يكون الضّرر علّه محدثه)

و مع هذا الاحتمال فدليل الخيار و هو نفى الضّرر لا يصحّ التمسّك به لثبوت حكم الخيار فى الزّمان اللّاحق و يرجع الى الاستصحاب لانّ الموضوع محرز بالمسامحه و هو الشّخص المغبون او المتضرّر فيستصحب ما دلّ الدليل على ثبوته فى الزّمان السّابق

قوله (الّا ان يدّعى انّه اذا استند الحكم الى الضّرر)

فانّ بناء على هذه الدّعوى يكون الخيار ثابتا لخصوص هذا العنوان الموصوف بالوصف الكذائى و لا معنى لانسحابه فى الآن اللّاحق لانّه حكم لموضوع اخر و لكنّ الدّعوى ممنوعه جدّا

فان قلت فلا بأس بالاستصحاب و اثبات الخيار فى الزّمان اللّاحق لانّ الموضوع فى الاستصحاب هو معروض المستصحب و فى المقام عند العرف هو

الشّخص المتضرّر و المتيقّن من ثبوت الخيار بنفس الدّليل الدالّ عليه هو الزّمان الاوّل و يحكم بثبوته فى الزّمان الثّانى بالاستصحاب سواء كان الدّليل المثبت له هو الاجماع او نفى الضّرر

قلت تاره يكون الدّليل المثبت لحكم الخيار هو نفى الضّرر فاستصحابه غير جار لعدم احراز الموضوع لا من جهه التّرديد فى انّ الحكم مترتّب على المتضرّر بالوصف العنوانى او على ذات الموصوف لما اشرنا إليه من انّ الموضوع ح محرز بالمسامحه و هو شخص المغبون المتضرّر بل من جهه انّ لفظ المتضرّر او المغبون لم يرد فى دليل لفظىّ موضوعا لهذا الحكم و المفروض انّ الدّليل المثبت للحكم هو نفى الضّرر و هذا الدّليل بمقتضى حكومته على الاحكام الثّابته للاشياء بعناوينها الاوّليه انّما ينفى الحكم الضّررى و حكم اللّزوم فى العقد اللّازم ان كان ضرريّا فهو منفىّ و أمّا اذا لم يكن ضرريّا فلا حكومه عليه و لم يكن مرفوعا و من يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ ليس اللّزوم ضررا عليه حتّى يكون منفيّا فموضوع القضيّه المتيقّنه غير موضوع المشكوكه و قد اشرنا الى احتمال ان يكون هذا مراد المصنّف من عبارته المتقدّمه و هى عدم احراز الموضوع فى استصحاب الحكم الشّرعى الثّابت بغير الادلّه اللفظيّه المشخّصه للموضوع و اخرى يكون هو الاجماع فالموضوع ح و ان كان محرز الثبوت الخيار لشخص المغبون فى الزّمان السّابق الّا انّه نعلم بكون مدرك المجمعين هو دليل نفى الضّرر و المدار عليه فالمتعيّن كما فى المتن هو الرّجوع الى اصاله فساد فسخ المغبون و عدم ترتّب الأثر عليه و بقاء آثار العقد

[الخامس خيار التأخير]

اشاره

قوله (و ظاهر هذه الاخبار بطلان البيع كما فهمه فى ط)

بخلاف سائر كتبه حيث قال فيها بالخيار بل عن الخلاف انّه نسب الخيار الى اجماع الفرقه و اخبارهم و من هنا يمكن حمل عباره ط على بطلان البيع من حيث اللّزوم

[ثمّ إنّه يشترط فى هذا الخيار أُمور]

قوله (و لو اجاز المشترى قبض الثّمن)

الوجه فى تخصيص ذكر الاجازه بقبض الثّمن دون المبيع هو عدم الفرق فى اجازه البائع لقبض المبيع لو وقع بدون اذنه بين كونها كاشفه او ناقله و ذلك لانّ اجازته اسقاط للخيار سواء وقعت فى الثّلاثه او بعدها و هذا بخلاف اجازه المشترى فانّه لو قبض البائع قبل الثّلاثه و اجاز المشترى بعدها فعلى الكشف يكون الاجازه كاشفا عن قبض الثّمن فلا خيار و على النّقل يثبت الخيار لوقوع القبض الصّحيح بعد الثّلاثه ثمّ انّ الوجه فيما افاده المصنّف ره من انّ الاقوى كون الاجازه فى المقام ناقله مع انّه ذهب الى الكشف الحكمى فى البيع الفضولى هو انّ فى العقود المعاوضيّه

یکون الاجازه رضـی بالعقـد السّابق فیصحّ النّزاع فی انّها یوجب صـحّه العقد من حین وقوعه أم صـحّته من حینها و امّا فی المقام فالحکم معلّق علی عـدم اقباض الثّمن المقرون بالرّضا حسّا فی الثّلث بناء علی عدم کفایه القبض الخالی عنه و هذا الموضوع غیر متحقّق فی القبض بدون الاجازه و لحوقه لا یقلّب ما هو الواقع عمّا هو علیه خارجا و الاجازه لا یصیّر عدم الاقباض اقباضا و هذا نظیر مـا ذکره جمع فی کتـاب الرّهن فی مسئله مـا لو بـاع الرّاهن العین المرهونه بلا اذن من المرتهن ثمّ اجاز من انّ الاجازه فیها ناقله و ان قلنا بانّها فی الفضولی کاشفه لانّ معنی اجازه المرتهن اسقاطه لحقّ الرّهانه و هذا لا یصحّ الّا فی حال الاجازه و لا یؤثّر فی اسقاط الحقّ من حین العقد لامتناع انقلاب الشّی ء عمّا وقع علیه

قوله (نصّ علیه الشّیخ فی عبارته المتقدّمه)

المنقوله عن ط حیث قال روی اصحابنا انّه اذا اشتری شیئا بعینه

[مسأله فی کون هذا الخیار علی الفور أو التراخی قولان]

قوله فی مطلق الخیار مع قطع النّظر عن خصوصیّات الموارد)

إشـاره الی مـا ذکره فی خیـار الغبن من التمسّـک بعموم الوفـاء بـالعقود علی الفور و بالاستصـحاب علی بقاء الخیار و کونه علی التّراخی و المنع عن کـلّ منهمـا و اختیـار الفور لاصاله عـدم ترتّب الاثر علی الفسـخ و امّا بالنّظر الی خصوص ادلّه المقام فالقول بالتّراخی لا یخلو عن قوّه

قوله (یمکن التمسّک بالاستصحاب هنا لانّ اللّزوم الخ)

و یمکن المناقشه فیه بانّ الظّاهر کونه من الشکّ فی المقتضی و مسلکه قدّس سرّه عدم التمسّک به الّا فی الشکّ فی الرّافع و امّا بناء علی المختار من التّعمیم فالاستصحاب لا اشکال فیه

قوله (امّا لظهور النصّ و امّا للاستصحاب)

و فی الحاشیه التّقریریّه تمسّک للقول بالتّراخی بنفی الضّـرر و فیه ما اشـرنا إلیه من انّ نفی الضّرر لا یشمل صوره ما کان الضّرر باختیار البائع

[مسأله لو تلف المبیع بعد الثلاثه کان من البائع إجماعاً مستفیضاً]

قوله (لو تلف المبیع بعد الثّلاثه کان من البائع)

بمعنی انّه یـدخل فی ملکه آنا ما قبل التّلف و یکون التّلف واردا علیه و قد یق بعدم الحاجه الی هذا و کفایه حکم الشّارع بکون

التّلف من مـاله تعبّـدا و هـذا الحكم اجمـاعىّ و يـدلّ عليه مضافـا الى مـا فى المتن خصوص روايه عقبه بن خالـد الآتيه و اطلاق الادلّه يشـمل ما لو تلف فى حال الخيار أم بعد بطلانه الّا انّ المقدّس الاردبيلى طاب ثراه عارض النّبوى فى صوره بقاء الخيار مع عـدم خيار المشترى بالقاعـده المجمع عليها و هى انّ كلّ مبيع تلف فى زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له و قال انّ التّعارض بينهما عموم من وجه و يـدفعه مضافـا الى ما فى المتن انّه لو سـلّم كون التّعارض كـذلك كان اللّازم ترجيـح قاعـده كلّ مبيع تلف قبل قبضه على القاعده الثّانيه و

ذلک لانّ دلاله النبوّی المشهور الّذی هو الاصل للقاعده الاولی للحکم فی مورد التّعارض انّما هی بالعموم و لا ریب فی تقدیمه علی الشّمول بالإطلاق هذا مضافا الی عمل الاصحاب و اجماعهم علی الاخذ بالاولی فی مورد التّعارض

قوله (لکنّ النّبوی اخصّ من القاعده الاولی)

و ان شئت فقل انّ قاعده الملازمه بین النّماء و الدّرک اصل یعتمد علیه حیث لم یقم دلیل علی خلافه و لو کان بطریق العموم او الاطلاق و معنی حدیث الخراج بالضّمان انّ الشّی ء اذا دخل فی ملک شخص و تضمّنه کان مع قطع النّظر عن العوارض و الاحکام اللّاحقه تکفّله علیه و لو تلف یحسب التّلف علیه لا علی غیره و هذا لا ینافی ثبوت المنافع لغیره باجاره و نحوها و وقوع العهده و الضّمان علی الغیر بتلف او غصب او عاریه مضمونه مثلا فمفاد الحدیث اصل یخرج عنه بقواعد تقتضی خلاف ذلک و منها ضمان البائع قبل القبض فانّ قاعده کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه مستفاده من ادلّه اجتهادیّه وارده علی تلک القاعده و لا تدور حجیّتها مدار عدم دلیل علی الخلاف و هذا کلّه مضافا الی ما اشرنا إلیه من انّ الادلّه الدالّه علی انّ تلف المبیع قبل قبضه یکون من مال بایعه تدلّ علی انّ المال یدخل فی ملک البائع قبل التّلف آنا ما

[السادس خیار الرؤیه]

[مسأله مورد هذا الخیار بیع العین الشخصیّه الغائبه.]

قوله (و یمکن ان یق انّ اخذ الاوصاف فی معنی الاشتراط)

اعلم انّ الشّرط اذا کان متعلّقه کلّیا یرجع الی التّقیید و لو کان بلفظ الشّرط کان یقول بعتک عبدا بشرط ان یکون کاتبا فانّه یوجب خروج العبد الغیر الکاتب عن متعلّق العقد و ان کان متعلّقه جزئیّا یرجع الی الشّرط و ان کان بلفظ ظاهر فی القیدیّه کان یقول بعتک هذا العبد الکاتب مشیرا الی عبد خاصّ خارجیّ و ذلک لانّ الکلّی لمّا کان قابلا للتّقسیم و الشّرط أیضا یکون جزء ذهنیّا و بمنزله الفصل بالنّسبه الی المشروط فلا بدّ من ان یوجب الشّرط التّقسیم فی الکلّی و یجعل واجده متعلّقا للعقد و فاقده خارجا عنه و هذا معنی کونه قسیما له و هذا بخلاف ما اذا کان متعلّقه جزئیّا حقیقیّا فانّه غیر قابل للتّقسیم و الّا لزم الخلف فلا بدّ ان یرجع ما هو ظاهر فی التّقیید الی الشّرط فضلا عمّا کان ظاهرا فی الشرطیّه او مجملا

[مسأله یسقط هذا الخیار بترک المبادره عرفاً]

قوله (و بالتصرّف بعدها

لما مرّ علیک فی خیار الغبن من دلالته علی الرّضا بالعقد و علمت هناک انّه اذا لم یکن التصرّف دالّا فعلا علی الالتزام بالعقد کان اللّازم الرّجوع الی اصاله بقاء الخیار

قوله (بناء علی انّ التصرّف اسقاط فعلیّ)

و امّا لو قلنا بضعف الفعل فی الدّلاله علی الاسقاط فجواز الاسقاط قولا قبل الرّؤیه لا یلازم سقوط الخیار بالتصرّف قبلها

قوله (بمجرّد تحقّق السّبب و هو العقد و لا يخلو عن قوّه)

لا اشكال فی عدم کون الرّؤيه سببا للخيار سواء کان الدّليل عليه نفی الضّرر او الصّحيحه المتقدّمه فانّه اذا استند الی نفی الضّرر کان المرفوع هو الضّرر الواقعی و هو لزوم العقد و اذا استند الی الصّحيحه فمن الواضح انّ الرّؤيه طريق لاحراز موافقه المبيع للتّوصيف حال العقد و ليس فيها جهه موضوعيّه اصلا و هذا هو السرّ فی تعديه الحکم الی من اشتری شيئا بالوصف و هو اعمی او لا يمکنه الوصول الی المبيع بنفسه حتّی يراه و وکّل وکيلا فاخبر انّه علی غير الوصف و کذا فی عدم اختصاص الحکم عند الاصحاب بما يدرک بالبصر و جريانه فيما يدرک بغيره من الحواسّ فلو وصف له ما يعتبر ذوقه بوصف ثمّ ظهر خلافه بالذّوق فله الخيار فالتّعبير بالرّؤيه مثال لظهور خلاف التّوصيف الواقع حين العقد ثمّ انّ الظّاهر کون الرّؤيه کاشفا و السّبب هو العقد مع تخلّف الوصف و عليه فهو کسائر الخيارات من حين العقد و لا اشکال أيضا فی جواز اسقاطه قبل الرّؤيه و لو کان شرطا لما مرّ فی خيار الغبن من انّ وجود المقتضی و السّبب و هو العقد او الغبن الواقعی کاف فی الاسقاط

قوله المنحلّ الی ارتباط الالتزام العقدی)

قد يستدلّ للقول الاوّل بما مرّ عن جامع المقاصد من لزوم الغرر و قد عرفت الجواب عنه فی المتن و قد يستدلّ بما افاده المصنّف قدّس سرّه و هو التّنافی بين اشتراط تلک الاوصاف و اشتراط سقوط الخيار فانّ الخيار و ان لم يکن له دخل بالغرر الّا انّ التّوصيف و هو سبب الخيار مصحّح للبيع و ليس التّوصيف الّا الالتزام و التعهّد لوجود الوصف و شرط السّقوط رافع لهذا الالتزام و لا ينتقض بالبيع بشرط البراءه فانّ البائع لم يلتزم هناک بالصحّه حتّی ينافيه الشّرط المذکور و قد اعترض بعض السّاده المحشّين ره علی هذا الدّليل بعد ما استدلّ للقول الثّانی بعموم ادلّه الشّروط و عدم المانع بما لا بأس بنقله علی وجه الاجمال ثمّ الاشاره الی منشأ الاختلاف و الاشکال لتکون علی بصيره فی المصير الی احد الاقوال قال ره لا نسلّم انّ التعهّد بما هو تعهّد رافع للغرر فی شی ء من المقامات حتّی لو کان التّوصيف بعنوان الاشتراط بل الرّافع هو نفس التّوصيف الّذی يتضمّنه الالتزام و الاشتراط فبطلان حيثيه التعهّد من جهه المنافاه مع اشتراط سقوط الخيار لا يوجب فوات التّوصيف و بعباره اخری اشتراط السّقوط يوجب بطلان الالتزام بالوصف و لکن نفس التّوصيف بلا التزام باق بحاله و المفروض کفايته و لو سلّمنا انّ الرّافع نفس التعهّد و الاشتراط لکن لا نسلّم المنافاه بينه و بين سقوط الخيار اذ يمکن الجمع بين

الالتزام بكون المبيع متّصفا بكذا مع كون المعامله لازمه فانّ خيار تخلّف الشّرط حكم تعبدىّ من الشّارع او من العرف و ليس مجعولا للشّارط لا أوّلا و بالذّات و لا ثانيا و بالعرض بمعنى انّه ليس عين الالتزام بالوصف و لا لازمه فكما يمكن للشّارع او العرف عدم الحكم بالخيار عند تخلّف الوصف المشترط كذا يمكن للشّارط نفيه بالشّرط و بالجمله الالتزام بالوصف شى ء و الخيار عند تخلّفه شى ء اخر لا دخل له به و ليس لازما له بحيث لا يمكن تفكيكهما قال و يوضح ما ذكرنا ملاحظه اشتراط فعل او ترك على احد المتعاقدين فانّ من المعلوم انّ معناه تعهّد الشّارط بذلك لا خيار الاخر عند عدم الفعل او التّرك فحال الالتزام بالوصف أيضا ذلك فانّ معناه تعهّده بوجوده بحيث يكون المشروط له مستحقّا عليه كون المبيع متّصفا به لا جعل الخيار عند تخلّفه و الحاصل انّ معنى التعهّد بالوصف جعل حقّ للمشروط له فى المبيع على المشروط عليه كما انّ معنى التعهّد بفعل الخياطه جعله فى ذمّته

اقول لا بدّ ان يعلم انّ اعتبار التّوصيف و اشتراطه فى المبيع هل هو على نحو الطريقيّه الى واقع المبيع او على نحو الموضوعيّه فان كان على نحو الطريقيّه فلا اشكال فيما افاده المصنّف من انّ اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصّفات و عدمها و هو الغرر و لا فرق ح بين ان يكون نفس التّوصيف الّذى يتضمّنه الالتزام و الاشتراط رافعا للغرر او يكون الرّافع نفس التعهّد و الاشتراط فانّ وجه الحكم بالبطلان ح ليس هو التّنافى بين التّوصيف او اشتراطه و بين سقوط الخيار من حيث انفسهما حتّى يق انّه يمكن الجمع بين الالتزام بكون المبيع متّصفا بكذا مع كون المعامله لازمه بل الوجه انّ مرجع سقوط الخيار ح الى القاء التّوصيف و اشتراطه و ذهب جماعه منهم صاحب الجواهر الى انّ اعتبار التّوصيف من باب الموضوعيّه و انّ الرّافع للغرر هو نفس الوصف من دون اعتبار المطابقه للواقع و عليه يتعيّن الصحّه اذ التّوصيف بنفسه مصحّح للعقد و شرط سقوط الخيار لا يوجب فواته و لا يضرّ بصحّه العقد بعد وجود مناطها و هو التّوصيف و الاقوى هو الطّريقيّه المحضه فانّ ظاهر دليل اعتبار التّوصيف هو كونه كاشفا نوعيّا لاحراز الوصف و لانّه قائم مقام الرّؤيه المعتبره من باب الطّريقيّه قطعا و قد مرّ الاشاره إليه فى الحاشيه السّابقه ثمّ انّ ممّا ذكرنا تقدر على دفع ما اورده المعترض فى كلامه و لا ينقضى تعجّبى كيف ذهبوا الى انّ التّوصيف بذاته من دون لحاظ طريقيّه فيه يكون رافعا للغرر و مصحّحا للبيع فتدبّر جيّدا

قوله (لانّها

امّا شروط للبيع و امّا قيود للمبيع)

و على ايّ حال فمتعلّق البيع ليس هو الجزئى على كلّ حال بل حال كونه مقيّدا بالوصف و قد علمت فيما مرّ انّ الصّفات فى المقام من شروط البيع

قوله (و ظهر أيضا ضعف ما يقال)

القائل هو صاحب الجواهر

[مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين]

قوله (فيفسد و يفسد العقد)

و ذلك لعدم الخلاف فى افساد العقد اذا كان الشّرط موجبا لجهاله احد العوضين و هذا الشّرط لمّا كان موجبا لكون المعاوضه غرريّه كان فاسدا و مفسدا و لو ظهر موافقه المبيع للوصف

قوله (و بذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق)

اى من جهه كون البيع غرريّا و ان ظهر على الوصف

قوله (و الاظهر رجوع الحكم بالفساد الخ)

لمّا كان ظاهر كلام الشّهيد هو فساد العقد و استشكل عليه اراد تصحيح كلام الشّهيد بانّ الاظهر إراده فساد الشّرط المذكور دون العقد و لازمه صحّه العقد مع موافقه الوصف و الفساد مع المخالفه و علّل فساد الشّرط بانّه لا تأثير له على تقديرى ظهور الموافقه للوصف و ظهور المخالفه امّا على الاوّل فواضح اذ لا تخلّف حتّى يكون للشّرط تأثير و على الثّانى فعدم التأثير من حيث انّه شرط مخالف للسنّه و هى الاخبار الدالّه على ثبوت خيار الرّؤيه و لا يخفى ضعف هذا التّعليل لما مرّ فى خيار المجلس من عدم نهوض ادلّه الخيار لمعارضه ادلّه الشّرط لحكومتها و لا اشكال فى انّ الحكم بالفساد فى عباره س ناظر الى العقد

[مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى كلّ عقدٍ واقعٍ على عينٍ شخصيّهٍ موصوفهٍ كالصلح و الإجاره]

قوله (الظّاهر ثبوت خيار الرّؤيه فى كلّ عقد واقع الخ)

الخ) اعترض بعضهم بانّ هذا البيان انّما يناسب اذا قلنا انّ مقتضى القاعده بطلان المعامله بتخلّف الوصف و الشّرط لكونهما قيدا فى الحقيقه كما عن الاردبيلى ره اذ ح يجب ان يق تقرير الاستدلال الامر دائر بين الأخذ بمقتضى القاعده و هو البطلان و الاخذ بالخيار و الاوّل مخالف للاجماع فتعيّن الثّانى لعدم الدّليل على اللّزوم لانّ عموم اوفوا لا يشمل لانّ المفروض انّ المعاهده مقيّده

بقیـد مفقود و امّا بناء علی کون الشّرط غیر راجع الی القیـد و کون الصـحّه بمقتضـی القاعده فلا بدّ من اقامه الدّلیل علی الخیار الی ان قال فالاولی الاسـتدلال للتّسریه بالاجماع و الانصاف انّ بیان المصنّف فی وجه الاستدلال فی غایه المتانه فانّه قد ظهر ممّا سبق انّ تخلّف عنوان المبیع مع الواقع فی الجنس و الحقیقه موجب لبطلاـن العقـد کما لو باع ثوبا بعنوان انّه کتّان فبان قطنا و امّا تخلّف الوصف فالمشهور علی الصحّه مع الخیار کتخلّف وصف الکتابه فی العبد امّا الصحّه فلفرض وقوع العقد جامعا

للشّرائط و ما يستدلّ به للبطلان من انّ ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع و لذا التزم المتاخّرون بفساد المشروط لفساد شرطه فقد عرفت الجواب عنه بثبوت الفرق بين توصيف الكلّى و توصيف الشّخصى الخارجى و ما ذكر يجرى فى الوصف المتعلّق بالكلّى حيث انّ الوصف ينوّعه و يقسّمه و امّا الخيار مع انّ الاصل فى العقد الصّحيح هو اللّزوم فلنفى الضّرر فانّه يرفع اللّزوم و وجوب الوفاء الثّابتين بمقتضى ادلّه الاسباب و يثبت الخيار لحكومته عليها و بعباره اخرى الشّروط و الاوصاف فى العين الشّخصى لم يقصد مقابلتها بالثّمن و انّما هى دواع لمقابله المشروط بالثّمن و المقصود هو العقد على المشروط و لا مانع من تأثير العقد بالنّسبه إليه

فان قلت اذا كان تخلّف الشّرط من باب تخلّف الدّاعى فاللّازم هو عدم ثبوت الخيار للمشروط له كما هو الحكم فى جميع موارد تخلّف الدّاعى

قلت وجه الفرق انّ الشّروط الدّواعى لا اثر لها ما لم يتعلّق بها الانشاء و أمّا اذا تعلّق بها صريحا او ضمنا كان المشروط له غير ملتزم بالعقد الفاقد لها فيثبت الخيار و لا يكون العقد كذلك فاسدا لعدم كون المفقود من مقوّماته عرفا و بالجمله قد استدلّ المصنّف ره فى المقام بما استدلّ به اخيرا لصحّه العقد مع خيار الرّؤيه فى البيع من انّ المستفاد من النّصوص و الاجماعات فى الموارد المتفرّقه عدم بطلان البيع بمخالفه الصّفه المقصوده الغير المقوّمه للبيع سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت فى العقد

فان قلت انّ النّص الدالّ على خيار الرّؤيه و هو صحيحه جميل مخصوص بالبيع فكيف يتعدّى الى غيره

قلت قد سبق منّا عند الكلام فى ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه ماليّه انّ الحكم الثّابت للبيع يختلف جهه ثبوته و قد يثبت له لا من حيث انّه بيع بل من جهه مناط موجود فى غيره و ان كان الموضوع فى الدّليل الدالّ على تشريع الحكم هو عنوان البيع مثل انّ تلف المبيع قبل القبض من مال البائع فانّ ما دلّ على ثبوته و ان ورد بما يظهر منه بمقتضى ظاهر القضيّه اللفظيّه كونه مختصّا بالبيع الّا انّه قد علم انّ المناط فيه امر يوجد فى غيره ثمّ انّ هذا كلّه فى غير الصّلح من عقود المعاوضات و امّا فيه ففى جريان خيار الرّؤيه و الوصف تامّل بناء على اغتفار الغرر و الجهاله فيه و ان كان الاقوى الجريان فى الجواهر و الظاهر ثبوت خيار الرّؤيه فى غير البيع ممّا يعتبر فيه المشاهده و الوصف كالاجاره و نحوها لانّ العمده فيه حديث الضّرار بل يمكن القول بثبوته فيما لا يعتبر فيه ذلك كالصّلح تنزيلا للخيار فى خلاف الوصف فى

المعيّن منزله الابدال فى الوصف المعيّن ه و غرضه انّه لو صالح كليّا موصوفا و اراد تسليم غيره فلا اشكال فى وجوب الابدال مع انّه لو تعلّق الصّلح ابتداء بالكلّى من غير توصيف كان صحيحا مع جهالته فكذا لو صالح عينا خارجيّه فانّه يجوز صلحها مع الجهاله بلا توصيف الّا انّه لو صالحها موصوفه و تخلّف وصفها لا بدّ من ثبوت الخيار و ذلك لوضوح عدم جريان الابدال فيه و وجه التّنزيل انّ التّوصيف فى قوّه اشتراط الوصف و الّا كان لغوا لعدم توقّف صحّه العقد عليه فليس الّا للاشتراط و التّقييد و اذا تخلّف الشّرط ثبت الخيار لدليل نفى الضّرر بالبيان المتقدّم و ما يقال من انّ نفى الضّرر لا يجرى الّا فيما يشترط فيه التّعيين لا فى مثل الصّلح المغتفر فيه الجهاله لا يخفى ضعفه

[مسأله لو نسج بعض الثوب، فاشتراه على أن ينسج الباقى كالأوّل بطل]

قوله (لو نسج بعض الثّوب فاشتراه على ان ينسج الباقى)

ظاهر عنوان المصنّف ره كون المبيع هو المنسوج بشرط ضمّ نسج بعضه الاخر و ظاهر عبائر جمله من الاصحاب هو بيع تمام الثّوب المنسوج بعضه و غير منسوج بعضه و يحتمل رجوع عنوان المتن الى ذلك أيضا بان يكون ضمير فاشتراه راجعا الى المضاف إليه و ما استدلّوا به على بطلان ما عنونوه امور الاوّل ما ستسمعه نقلا عن المبسوط من لزوم التّناقض فى اجتماع اللّزوم و خيار الرّؤيه فى شى ء واحد الثّانى ما عن التّذكره و جامع المقاصد من لزوم الغرر حيث انّ بعضه عين حاضره و بعضه فى الذمّه مجهول الثّالث ما ستسمعه أيضا فى عباره المختلف من انّه لم يثبت فى الشّرع جواز مثل هذا العقد المركّب من بيع موجود جزئىّ و معدوم كلّى و فى الجميع نظر امّا الاوّل فبانّ تعدّد المحلّ يجعل العقد بمنزله عقدين تعلّقا بشيئين يكون احدهما لازما و الاخر جائزا مع انّ المبيع و ان كان هو الثّوب اجمع الّا انّه لمّا كان راجعا فى الحقيقه الى بيع الموجود بشرط ان ينسج الباقى كان متعلّق العقد واحدا و ثبت الخيار فى الثّوب اجمع ان لم ينسج الباقى و كان الخيار من خيار الشّرط لانّ المبيع ح هو الثّوب بشرط نسج الباقى و يكون من قبيل شرط الخياطه و الصّبغ لا من خيار الرّؤيه و الوصف و من احكامه اجبار البائع بالوفاء بالشّرط أوّلا و ان امتنع او تعذّر اخذ المشترى بمقتضى الخيار و هذا بخلاف ما لو قلنا بتعدّد المتعلّق و انحلال العقد الى عقدين فانّ الخيار الثّابت فى البعض ح من خيار الرّؤيه و التّوصيف و امّا الثّانى فبانّه لو اراد المستدلّ من لزوم الغرر عدم ارتفاع الجهاله بتوصيف الباقى و كونه كالمنسوج لاختلاف الجهات الخفيّه من النّسج ففيه ارتفاع الغرر بتوصيفه كالمنسوج على وجه لا يتفاوت فى النّسج

تفاوتا معتدّا به و هذا كما لو رأى شيئا من المبيع و باعه على ان يكون الباقى مثله و قد مرّ الكلام فى تشخيص الوصف الدّاخل الموجب ظهور خلافه لبطلان البيع و الخارج الموجب ظهور خلافه للخيار و انّ المرجع فى ذلك هو العرف و لو اراد منه الاشكال فى صحّه العقد بانّ ذكر الاوصاف لا يخرج البيع عن كونه غررا لانّ الغرر بدون اخذ الصّفات من حيث الجهل بصفات المبيع فاذا اخذت فيه مقيّدا بها صار مشكوك الوجود و الغرر فيه اعظم فقد سبق الجواب عنه أيضا و امّا الثّالث فبكفايه العمومات و لا مانع من كون بعض المبيع شخصيّا و بعضه كليّا موصوفا فى الذمّه و قد يق انّ المبيع ح شخصىّ بتمامه الّا انّ بعضه موجود و بعضه غير موجود و مثل هذا لا يجوز بيعه لانّه كبيع الثّوب الشّخصى الّذى هو يخيطه او الثّمر الّذى يوجد بعد ذلك فليس المبيع هو المقدار المنسوج و الغزل الموجود و لا الثّوب الكلّى بتمامه او ببعضه و هو ضعيف فى الغايه لعدم تعقّل بيع غير الموجود بعنوان انّه فرد خارجىّ و جزئىّ حقيقىّ و مفروض المسأله انّما هو الثّوب الشّخصى بلحاظ المنسوج و بالجمله فالاقرب هو القول بالصحّه مع ثبوت الخيار فى المجموع

[السابع خيار الحيوان]

[القول فى مسقطات هذا الخيار]

[مسأله يسقط الردّ خاصّةً بأُمور:]

قوله (على ذلك المنوال ثبت الخيار)

سواء لم ينسجه اصلا او نسجه و لكن لا على ذلك المنوال و حيث انّ الخيار ح من خيار تخلّف الشّرط كان له الاجبار أوّلا ثمّ انّ الفرق بين الصّورتين الاوليين و الاخيره انّ فى الاوليين كان الغزل جزء من المبيع و النّسج شرطا بخلاف الاخيره فانّ المنسوج الغير الموجود جزء للمبيع و ح فان امكن التّبديل وجب ذلك و حيث انّ مفروض المسأله هو فيما لا يمكن ذلك كان المنسوج على غير المنوال باقيا على مال البائع و كان للمشترى خيار تبعّض الصّفقه فى خصوص المنسوج

قوله (و ممّا ذكرنا ظهر انّ عدّ انعتاق العبد على المشترى الخ)

و الوجه فى عدم خلوّه عن شى ء هو انّه ان لوحظ الانعتاق من حيث سببه فهو ملحق بالتصرّف و ان لوحظ من حيث المسبّب فهو ملحق بالتّلف و على ايّ حال لم يقم دليل خاصّ على كونه مسقطا حتّى يعنون مستقلّا و ليس كونه مسقطا الّا من حيث صدق عدم قيام الشّى ء بعينه و الاعتذار بانّ مراده من التّلف هو التّلف الحقيقى و من الانعتاق الّذى جعل قسيما له هو ما كان مستندا الى الاسباب القهريّه كالموت او الارث كما ترى فانّه لا يرفع المناقشه و امّا الوجه فى عدم خلوّ ارجاع الانعتاق الى التصرّف عن شى ء هو انّ الظّاهر من التصرّف ما كان اختياريّا و الانعتاق امر قهرىّ و ليس الوجه فى كونه مسقطا الّا ما عرفت من عدم قيام الشّى ء بعينه و انّه

ملحق بالتّلف نعم فی خصوص الشّراء يمكن ان يكون الانعتاق من حيث السّبب ملحقا بالتصرّف

قوله (ثمّ انّه لو عاد الملك الى المشترى لم يجز ردّه)

يمكن ان يقال انّ هذا يتمّ فيما كان الخروج عن ملكه على وجه لازم لسقوط حقّ الردّ ح و عوده يحتاج الى دليل و لو فرض الشكّ فالمرجع الاصل و أمّا اذا كان على وجه جائز فاصل السّقوط غير معلوم لانّ مناط الردّ فی مرسله جميل هو قيام العين و كيف يصدق عدمه مع الفرض حتّى يكون مسقطا نعم اذا كان علّه السّقوط هو التصرّف من حيث دلالته على الرّضا بالعقد كان له وجه

قوله (الّا ان يكون العيب من حمل فيلزمه ردّها)

فانّ الزام الردّ و وجوبه قرينه على إراده خصوص الحمل من البائع حيث انّ الجاريه ح تكون أمّ ولد و لا يصحّ بيعها

قوله (الثّانی مخالفه لزوم العقر على المشترى)

غرضه انّ اخبار الحمل يثبت العشر و نصفه على المشترى و هذا مخالف لقاعده عدم العقر فی وطی الملك و قاعده كون الردّ بالعيب فسخا من حينه لا من حين العقد فلا بدّ من حمل تلك الاخبار على صوره كون الحمل من المولی و ظهور كون الجاريه أمّ ولد لبطلان البيع ح من اصله و يردّه أوّلا انّه لم يقم دليل خاصّ على عدم العقر على المشترى نعم ثبوته عليه مخالف لمقتضى ما تقرّر من قاعده الملكيّه من حيث انّ الاصل عدم ثبوت شی ء على الإنسان بالتصرّف فی ملكه و ایّ مانع عقلا او نقلا من الالتزام بثبوته على المشترى تعبّدا بسبب الوطی الواقع منه و لو فی حال ملكه ايّاها بعد الفسخ و ردّ الجاريه اذا دلّت النّصوص المتكاثره على ذلك و لا داعی لصرفها عن ظاهرها الى خصوص صوره كون الحمل من المولی و ثانيا انّه لم يقم دليل خاصّ على لزوم كون الفسخ مؤثّرا من حينه و القول بذلك انّما هو من حيث القاعده و ایّ مانع عقلا او نقلا من الالتزام بتأثير الفسخ فی خصوص المسأله من حين العقد اذا كان العمل باخبار الحمل مستلزما لذلك ثمّ انّ العقر بالضمّ ديه فرج المرأه اذا غصبت على نفسها ثمّ كثر ذلك حتّى استعمل فی المهر

قوله (من المسقطات حدوث عيب عند المشترى)

اعلم انّ اصل المسأله الّتی عنونها المصنّف ره فی المقام هو انّ العيب الحادث بعد العقد مسقط للردّ بالعيب القديم اذا كان حادثا فی يد المشترى بعد القبض و الخيار و غير مسقط اذا كان قبل القبض او فی زمان الخيار و هنا مسئله اخرى و هی جواز الردّ بالعيب الحادث بعد العقد و قبل القبض او بعده لكن فی زمن احد الخيارات الثّلاثه من المجلس و الشّرط و الحيوان على تامّل فی خيار المجلس كما يأتی فی احكام الخيار حيث تعيّب المبيع فی زمن احدها بعد حصول القبض و تعرّض المصنّف لهذه

المسأله ضمنا و الكلام فى المسألتين يستدعى بيان امور

الاوّل لا ريب فى انّ العيب السّابق على العقد موجب للخيار كما عرفت و المراد من قولهم قبل العقد هو قبل تمام العقد لا قبل الشّروع فيه بل صرّح بعضهم بانّ المراد من الحادث قبل العقد هو قبل حصول الانتقال و التّعبير بالعقد لغلبه الملازمه بينه و بين الانتقال فالعيب الحادث قبل القبض فى مثل الصّرف و السّلم ممّا يتوقّف الانتقال فيه على القبض يكون من الحادث قبل العقد

الثّانى لا اشكال و لا خلاف فى انّ العيب الحادث بعد القبض و انقضاء زمان الخيار لا اثر له فى شى ء من الردّ و الأرش نعم المشهور انّه لا مانع عن الردّ بالعيب السّابق لمرسله جميل المتقدّمه المعلّقه للردّ على قيام العين بعينه على ما افاده فى المتن و ما حكم به الاكثر و هو الصّواب من ثبوت الخيار فى الاجاره بعد قبض العين مع عدم زمن خيار لا ينافى ما قلناه لعدم حصول القبض بالنّسبه الى المنفعه فى باب الاجاره الّذى هو ناقل الضّمان ذاتا و وصفا الّا بمضىّ تمام المدّه مع كون العين فى يد المستاجر و بمجرّد قبض العين لا يحصل قبض المنفعه حتّى يكون النّقص الحاصل من النّقص بعد حصول القبض و دعوى عدم الخيار فى باب الاجاره أيضا من حيث حصول العيب بعد حصول قبض متعلّق العقد كما فى البيع الّذى هو الاصل فى الخيارات حيث لم يقل احد بالخيار للمشترى فى الفرض فانّه ليس باولى من تلفه رأسا بعد القبض الّذى ليس بمضمون على البائع قطعا ناشئه من عدم التأمّل فلو تعذّر بعد قبض العين استيفاء المنفعه كغصب ظالم او نقصان ماء العين او البئر او عرج الدابّه كان للمستأجر خيار الفسخ من باب خيار تعذّر التّسليم سواء استوفى بعض المنافع أم لم يستوف شيئا اصلا نعم قبض العين يفيد فى استحقاق مطالبه المستاجر بالاجره ثمّ انّ الخيار فى باب الاجاره انّما هو فيما يوجب النّقص ضررا على المستاجر و أمّا اذا لم يوجب ضررا سواء كان بعد القبض او قبله فقد يتوهّم ثبوت الخيار فيه أيضا لوجهين الاوّل انّ الالتزام بنفس المعيب ضرر فينجبر بالخيار الثّانى انصراف العقد الى الصّحيح و يضعّف الاوّل بانّ نفس الالتزام بالمعيب ليس ضررا فى باب الاجاره لانّ المفروض هو التّفكيك بين ثبوت العيب فى العين و عدم ثبوته فى المنفعه بل يمكن دعوى عدم الخيار فى باب البيع أيضا فيما لا يستلزم وجود العيب فى المبيع اختلاف قيمته السوقيّه و الثّانى بانّه لا معنى للانصراف بالنّسبه الى متعلّق العقد فيما فرض تعلّقه بالجزئى كما هو المفروض لانّ الانصراف انّما يكون فى

المطلقات الظّاهره فی بعض الافراد لغلبه وجوده او کثره استعماله

فان قلت انّ مراد من عبّر بالانصراف هو ظهور العقد فی کون متعلّقه صحیحا بطریق الشّرط و السرّ فی ذلک هو رجوع الوصف فی الجزئیّ الی الشّرط و ان کان ظاهرا فی القیدیّه کقوله بعتک هذا العبد الکاتب او الصّحیح و رجوعه فی الکلّی الی القید و ان کان ظاهرا فی الشّرطیّه کقوله بعتک عبدا بشرط ان یکون کاتبا او صحیحا و ذلک لما مرّ من انّ الجزئیّ غیر قابل للتّنویع بخلاف الکلّی

قلت ظهور العقد فی کون متعلّقه صحیحا دعوی لا دلیل علیه نعم اذا دلّ العقد علیه باحدی الدّلالات التزمنا به

فان قلت ظاهر الاصحاب فی ابواب المعاملات انّ انتفاء وصف الصحّه یوجب الخیار و ان لم یشترط فی ضمن العقد و انتفاء غیرها من الاوصاف لا یوجب الخیار ما لم یشترط اعتباره و ان کان بناء المتعاقدین علیه و الوصف المنتفی فی الفرض هو وصف الصحّه فالمتعیّن هو القول بثبوت الخیار

قلت انتفاء وصف الصحّه فی العین المستاجره لا دخل له بالمنفعه الّتی هی مورد العقد و انتفائه من المنفعه علی تقدیر تسلیم اتّصاف المنفعه بالصحّه و العیب و ان اقتضی الخیار الّا انّه لا ینفکّ عن لزوم الضّرر فلا یحتاج الی تنزیل وصف الصحّه منزله الشّرط فالاجماع و ان انعقد علی ایجاب تخلّف وصف الصحّه عن احد العوضین ثبوت الخیار لمن دخل المعیب فی ملکه الّا انّ العین لا تکون معوّضا فی باب الاجاره هذا کلّه مع انّ مقتضی الاصل اللّفظی و العملی فیما لا یستلزم من عیب العین ضرر فی استیفاء المنفعه هو اللّزوم فالاقوی عدم الخیار فی هذه الصّوره و اختصاصه بما اذا استلزم العیب ذلک و هذا بالنّسبه الی المنافع اللّاحقه لا اشکال فیه لما عرفت من عدم حصول القبض فی باب الاجاره الّا بمضیّ تمام المدّه و امّا ثبوت الخیار للمستأجر بالنّسبه الی المنافع السّابقه الّتی استوفاها فربما یتوهّم عدمه لحصول القبض فیها و یندفع بانّه لا یتحقّق القبض ما لم یحصل قبض المجموع و مع عدم حصوله یثبت الخیار فی مجموع العقد لعدم اختصاصه ببعض دون بعض و لیس هذا الّا کحصول العیب فی المبیع بعد قبض بعضه فانّه یوجب الخیار فی تمام المبیع لا بالنّسبه الی ما لم یقبض منه

فان قلت انّ کون العیب سببا للخیار انّما یصحّ فیما لو حصل النّقص فی المنفعه بحسب الکیفیّه کما لو استاجر دابّه للرّکوب فاستبان انّها عرجاء و امّا ان حصل النّقص فیها بحسب الکمّیه فلا بدّ ان ینفسخ العقد بالنّسبه الی تلک المنفعه النّاقصه کما لو استاجر عبدا فمرض فی یومین او ازید و بعد انفساخه فللمستاجر خیار تبعّض الصّفقه و له فسخ العقد بالنّسبه الی المنفعه اللّاحقه و امّا السّابقه المستوفاه فلا یتعقّل الفسخ فیها فانّ المنفعه اذا صارت موجوده

فی ملک احد لا یمکن نقلها الی غیره لأنّها تنعدم بعد وجوده بحیث یمتنع وجودها فیما بعد و الملکیّه انّما تتعلّق بالموجود او بمعدوم یمکن وجوده و کلاهما منتفیان فی المنفعه المستوفاه لأنّها معدومه لا یمکن وجودها فیما بعد و هذا بخلاف العین فانّها باقیه بعد استیفاء منفعتها فی زمان فاذا انتقل عین بعقد من العقود الی الغیر یجوز ان یحکم بفسخ العقد بالنّسبه إلیها و صیرورتها ملکا للفاسخ من زمان العقد لبقاء المملوک ای العین حین الفسخ بخلاف المنفعه فانّها اذا انتقلت الی احد و استوفاها کیف یمکن تعلّق الفسخ بها بعد استیفائها و انعدامها

قلت انّ الملکیّه علی قسمین تحقیقیّه و تنزیلیّه و المراد من الاوّل ما حصل فیه اضافه الملکیّه حقیقه و من الثّانی ما لم یحصل هذه الاضافه فیه حقیقه و لکنّ الشّارع حکم بتنزیله منزله الملک و بترتیب آثاره و اذا صارت عین بسبب عقد ملکا لاحد ثمّ حکم الشّارع بفسخ العقد اذا فسخه الفاسخ یصیر العقد منفسخا من حین وقوعه الّا انّ ملکیّه الفاسخ لهذه العین من زمان العقد الی زمان الفسخ تنزیلیّه و فیما بعد زمان الفسخ تحقیقیّه امّا کونها تنزیلیّه فی الاوّل فلانّ العین من زمان العقد الی زمان الفسخ کان ملکا تحقیقیّا لمن انتقلت إلیه بذلک العقد و کانت هذه الاضافه اعنی الملکیّه حاصله له حقیقه و اذا فسخ العقد لا یمکن ان یصیر فی هذا الزّمان ملکا لغیره حقیقه لامتناع اجتماع ملکیّتین حقیقیّتین و یمتنع نقل ملکیّته حقیقه الی غیره بالنّسبه الی ذلک الزّمان لانّ الاضافه الخاصّه الحاصله فی ذلک الزّمان قد انعدمت بحیث لا یمکن وجودها فکیف تنتقل الی الغیر فالملکیّه الحاصله للغیر تنزیلیّه بالنّسبه الی ذلک الزّمان بمعنی انّ الشّارع حکم بترتیب آثار ملکیّته فیه و ان کانت ملکا لغیره حقیقه و امّا کونها تحقیقیّه فی الثّانی فواضح هذا حال العین و امّا المنفعه فملکیّتها بعد الفسخ بالنّسبه الی ذلک الزّمان الفاصل بین العقد و الفسخ تنزیلیّه أیضا الّا انّ فی المنفعه تحتاج الی تنزیلین الاوّل التّنزیل فی الاضافه و الثّانی تنزیل المملوک اعنی المنفعه فانّ حکم الشّارع بالملکیّه تنزیلا فی ذلک الزّمان یحتاج الی تنزیل الاضافه الغیر الموجوده بمنزله الموجوده و الی تنزیل المنفعه الّتی انعدمت بعد الاستیفاء منزله وجودها و هذا بخلاف العین فانّها لا تحتاج الی التّنزیل الثّانی لأنّها موجوده بعد استیفاء منفعتها أیضا

ثمّ اعلم انّه بعد ثبوت الخیار فی العین المستاجره بعد القبض فظاهر المشهور عدم ثبوت الارش مع اختیار المستاجر

الامضـاء و تنظّر فيه الشّـهيد ره فى اللّمعه و فى مواضع من جـامع المقاصـد الحكم بثبوت الاـرش من غير اشـكال كما فى البيع و استوجهه ثـانى الشّـهيدين فى لـک و استحسـنه فى الرّوضه و ليس لمن يقول بثبوت الاـرش الّا اتّحاده مع البيع الثّابت فيه ذلك بـالنّص و الاجمـاع و انّ الردّ و الاـرش من احكـام العيب اين ما ثبت بمقتضـى الاخبار و الاقوى ما هو المشـهور لانّ الارش على خلاف الاصل و يدلّ على عدم الحاق الاجاره بالبيع فى الحكم المذكور امران فليس فيها ما يقتضـى ذلك كالبيع حتّى يخرج به عن الاصل بعـد ثبوت الخيار الجابر للضّـرر قطعا الاوّل المنع عن ثبوت العيب بالنّسـبه الى المنفعه رأسا فانّ العيب كما ذكروه هو زيـاده او نقص فى الشّـى ء يحصـلان فيه من جهه خروجه عن اقتضاء الطّبيعه و الخلقه الاصـليّه و هـذا المعنى لا ريب فى وجوده بالنّسـبه الى الاعيان فانّ لها اقتضاء بحسب الطّبيعه و الخلقه قـد يخرج عنه بواسـطه العارض و عرّفه جماعه بانّه النّقص عن الطّبيعه الاصـليّه المقتضـيه للصحّه و الكمال مع قطع النّظر عن العارض و امّا المنافع فلا يتحقّق هذا المعنى بالنّسبه إليها لانّ المنفعه ليست ممّا يقتضـى بحسب الطّبيعه كونها على نهـج خاصّ قـد يمنع عن اقتضائها العارض لا بمعنى عدم تحقّق مراتب للمنفعه فانّ ذلك بمكان من الامكان بل بمعنى انّ كلّ مرتبه توجد من المنفعه فى الشّـى ء فهى غير قابله للاتّصاف بالنّقص و الكمال لعدم اقتضاء طبيعتهـا الكمـال حتّى يكون المنفعه الـذّاتيّه معيوبه و توضـيحه انّ للمنفعه مراتب كـثيره منـدرجه بين العلوّ و الـدنوّ متفـاوته من الحيثيّه المقصوده من المنفعه فانّ ركوب الفرس مثلا له نوع راحه ليس فى ركوب الجمل الغير الـذّلول و كذا فى ركوب الجمل الذّلول نوع راحه ليس فى غيره من انواع الجمل و فى غيره من اكثر اقسام الدوابّ و لكلّ منها نحو من السير يحصل بواسطته نوع خاصّ غير موجود فى غيره و من المعلوم بالوجـدان اختلاف تلك المراتب فى الرّاحه و فيما يقصـد من الرّكوب الّا انّ كلّ مرتبه منها نوع من المنفعه ليس له نقص بحسب طبيعته نعم هى دانيه بالنّسـبه الى غيرها من المنافع او عاليه او متساويه و ايّاما كان ليس خارجـا عن اقتضاء الطّبيعه فالمنفعه ليست ممّا يتّصف بالصـحّه و العيب كالاعيان و لـذا لا يطلق العيب فى العرف على المنفعه الّا تسامحـا و توسّـعا و انّک لا ترى فى كلمات الاصـحاب الّا التّعبير بوجود العيب فى العين المسـتاجره الموجب للنّقص فى المنفعه من حيث الماليّه و اين هذا من اطلاق العيب على المنفعه و هذا هو السرّ فى عدم حكمهم بالارش مع تسالمهم ظاهرا على ثبوت الارش و الردّ فى العيب فى غالب الابواب

فان قلت انّ المنفعه و ان لم يكن لها اقتضاء بحسب الطّبع و الذّات

حتّى يتّصف بالصحّه و العيب بتلك الملاحظه الّا انّ لها اقتضاء بملاحظه العين القائمه بها فانّ الفرس بحسب الطّبع يقتضى نحوا من السّير و الجمل يقتضى نحوا اخر منه فاذا وجد فى الفرس ما هو مقتضى طبيعه الجمل فقد خرج مقتضاها عن مقتضى الطّبيعه فسير الجمل و ان لم يكن معيوبا من حيث قيامه به الّا انّه معيوب من حيث قيامه بالفرس

قلت سير الفرس على نحو سير الجمل عيب فى الفرس و لا دخل له باصل سيره فانّه غير متّصف به و هذا واضح جدّا الثّانى المنع من عموم ما يقتضى ثبوت الحكمين للعيب اينما وجد و لو سلّمنا ثبوت العيب بالنّسبه الى المنفعه كالعين و المتيقّن ثبوتهما اذا وجد فى الاعيان سواء كان فى باب البيع او الاجاره بالنّسبه الى الاجره لو كانت عينا او الصّلح او الخلع او المهر و امّا العيب الموجود فى المنفعه فنمنع من اقتضائه ذلك سواء كانت فى باب الاجاره او البيع بالنّسبه الى الثّمن لو كان منفعه او غيرهما و لا يخفى انّ الوجه الاوّل اولى فانّ فى عموم ما يقتضى ثبوت الحكمين للعيب او منعه للنّظر مجال واسع و يمكن دعوى دلاله النّصوص عليه و ان كان ورودها فى خصوص البيع و قد تقدّم انّ بعض احكام البيع قد يثبت له لا من حيث انّه بيع بل يعلم انّ المناط فيه امر يوجد فى غيره من عقود المعاوضات او ما يقرب إليها فان قيل اذا كان العيب منفيّا بالنّسبه الى المنفعه فما هذا الخيار الّذى يحكم به فان كان خيار العيب فالمفروض منعه بالنّسبه الى المنفعه و ان كان خيار تخلّف وصف الصحّه المنزّل منزله الوصف المشترط فهو أيضا مبنىّ على اتّصاف المنفعه بالعيب و المفروض عدمه قيل هو خيار ثبت لاجل تخلّف مرتبه من المنفعه قد تبانيا عليها و ظهورها على خلاف ما اعتقده المستاجر و بذل الثّمن بإزائه و دلّ عليه ما دلّ على نفى الضّرر المنجبر بعمل الاصحاب و لا ضير فى عدم كونه من الخيارات المعروفه و لا دليل على انحصار الخيار فيما عدّه الشّهيد ره فى الرّوضه و ان شئت فسمّه خيار تغيّر الوصف هذا

الثّالث لا اشكال و لا خلاف فى جواز الردّ بالعيب الحادث بعد العقد و قبل القبض و يجى ء الكلام فيه إن شاء اللّه تعالى فى احكام القبض و كذا لا اشكال فى جواز الردّ بالعيب الحادث بعد القبض فى زمان الخيار و يجى ء الكلام فيه أيضا فى احكام الخيار و هو ظاهر الاكثر و اختاره الشّهيدان فى اللّمعه و الرّوضه و المحقّق الثّانى فى مع صد و يتفرّع على هذا من ثبوت الخيار و جواز الردّ بالعيب الحادث بعد العقد سواء كان قبل القبض او بعده فى زمن الخيار انّه لو كان معيبا قبل العقد و عاب بعيب آخر بعده قبل القبض او فى

زمن الخيار ثبوت الخيار من جهتين فان فسخ المعامله رجع بالثّمن و ان امضى و امسک المبيع فله مطالبه ارش کلّ من العيبين و لهم فى الصّوره الثّانيه و هو العيب الحادث فى زمن الخيار قولان آخران اوّلهما ما حکى عن المحقّق و هو انّه لا يترتّب على العيب المذکور شى ء من الردّ و الارش غايه الامر انّه لا يمنع من الخيار الاصلى او المشترط و هو ظاهر کتاب الشّرائع حيث قال فى المسائل الّتى الحقها بفصل الغيوب الخامسه اذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض کان للمشترى ردّه و فى الارش تردّد و لو قبض بعضه ثمّ حدث فى الباقى حدث کان الحکم کذلک فيما لم يقبض و امّا ما يحدث فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار لا يمنع الردّ فى الثّلاثه ه و لازم هذه العباره انّه اذا حدث عيب فى الثّلاثه کان له الفسخ بخيار الحيوان و يکون ضمان المبيع ح على البائع و يکون ضرر العيب الحادث عليه و لو لم يفسخ حتّى انقضى زمن الخيار فلا يجوز له الردّ و فى الجواهر فى شرح العباره و قد ينتصر للمصنّف بانّ الاصل اللّزوم و لا معارض له سوى ما دلّ على انّ التّلف فى الثّلاثه من مال البائع و هو ظاهر فى الانفساخ و الحق به العيب الّا انّ الاجماع على عدم الانفساخ الى ان قال و لا ينتقض ذلک بالعيب قبل القبض لانّه لا ارش له عنده أيضا و امّا الردّ به فلعلّه للاجماع و نحوه ه اضف إليه اصاله براءه ذمّه البائع من وجوب دفع الارش حيث اراده المشترى و لکنّ الاقوى ما عليه المشهور للقاعده المجمع عليها الآتيه فى احکام الخيار من انّ کلّ مبيع تلف فى زمان الخيار فهو ممّن لا خيار له و ان وقع من بعض التأمّل فى کليّتها من حيث الثّمن و المثمن و من حيث شمولها لجميع الخيارات و الاصل فى المسأله قبل التمسّک بالقاعده النّصوص الوارده منها صحيحه ابن سنان عن الرّجل يشترى العبد بشرط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابّه او يحدث فيه حدث على من ضمان ذلک فقال على البائع حتّى ينقضى الشّرط ثلاثه ايّام و يصير المبيع للمشترى شرط له او لم يشترط و ان کان بينهما شرط ايّاما معدوده فهلک فى يد المشترى فهو من مال البائع و منها مرسله ابن رباط ان حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثه ايّام فهو من مال البائع و الاخبار و ان اختصّت بظاهرها بقرينه ذکر الزّمان فيها ببعض الخيارات کخيار الحيوان و خيار الشّرط فلا تشمل خيار الغبن و خيار العيب و نحوهما الّا انّ التأمّل فيها يقضى بما فهمه الاصحاب و هو انّ المناط فى عدم ضمان ذى الخيار له و ان تلف فى يده هو تزلزل العقد بالنّسبه إليه و عدم استقراره عليه و کون الضّمان على من لا خيار له لانّه قد استقرّ العقد عليه و هو مناط مستفاد ممّا هو بحکم

التّعليل فى قوله (ع) حتّى ينقضى الشّرط ثلاثه ايّام و يصير المبيع للمشترى بحمل صيرورته للمشترى على الملك المستقرّ و من الواضح انّ مانعيّه التزلزل عن ضمان المقبوض لم ينفكّ عن مطلق الخيار و يكون ذكر التّلف من حيث انّه اظهر الافراد مع انّ بعضها يشتمل على ذكر الحدث و هو يشمل العيب و بالجمله المراد من كون التّلف على البائع بقرينه التّعليل و فهم الاصحاب كون المبيع فى عهده من لا ـ خيار له و انّ المعامله غير مستقرّه الّا بالقبض و انقضاء زمان الخيار فان تلف تمام المبيع او بعضه او حصل فيه عيب فى زمان الخيار كان كتلفه او عيبه قبل النّقل و يأتيك فى احكام الخيار انّ المراد من الضّمان هو ضمان المعامله و من هنا يعلم انّ فى تلف المبيع بتمامه او ببعضه ينفسخ العقد بالنّسبه الى تمام المبيع او بعضه و لا يفتقر بعد التّلف الى فسخ ذى الخيار لتحقّق الانفساخ بمجرّد تحقّق التّلف و لم يبق عقد ح حتّى يكون لذى الخيار سلطنه على الفسخ بالخيار فانّ التّلف فى زمان الخيار يكون كالتّلف قبل العقد و التّلف قبل العقد موجب لبطلانه بتمامه او بالنّسبه و امّا فى تعيّبه فيحكم بالخيار لانّه لو ظهر كونه معيبا قبل العقد كان حكمه الخيار لا الانفساخ ثمّ انّه يبقى الاشكال من حيث تعدّد سبب الخيار فنقول قد بيّن فى محلّه انّ الاصل و ان كان هو عدم تداخل الاسباب لانّ كلّ موضوع سبب لتحقّق الحكم الّذى إنشاء على فرض وجوده الّا انّ هذا انّما هو فيما كان متعلّق الحكم قابلا ـ للتعدّد و أمّا اذا علم من الخارج و لو من نصّ او اجماع عدم قابليّته للتعدّد فامّا ان يكون قابلا للتّقييد كالقتل الواجب قصاصا عن اثنين فانّ القتل و ان لم يمكن تعدّده الّا انّه يمكن تقييد ايجاب كلّ من السّببين بالآخر بحيث لو عفى اولياء احد المقتولين لا يسقط الوجوب بالسّبب الاخر و اللّازم ح هو التّقييد و امّا ان لا يكون قابلا للتّقييد لكنّ الحكم قابل للتّاكيد كوجوب الوضوء فانّ موجباته و ان كانت كثيره الّا انّ السّبب الاوّل هو الموجب للحدث و يرتفع بالوضوء و لكنّه قابل للتّاكيد و كما فى تعلّق الوجوب و النّدب بعنوانين تصادقا على فرد واحد فانّ كلّ واحد منهما يزيده حسنا و يتأكّد به طلبه بحكم العقل و ان لم يكن قابلا ـ له أيضا كالملكيّه و الزّوجيه و نحوهما فانّ سبب الملكيّه اذا وجد حصلت من دون مدخليّه للتّاكيد فيها فكلّ واحد من الاسباب مؤثّر لو لم يكن مقارنا او مسبوقا بالآخر و الّا فالمؤثّر هو المجموع او السّابق و الخيار المسبّب عن امرين يكون من قبيل القتل فانّ نفس الخيار و ان لم يمكن تعدّده و لكن يمكن تقييده من جهه السّبب و لازمه امكان اسقاطه من جهه و ابقائه من جهه اخرى و قد مرّ انّ الخيار امر لو لاه يكون

العقـد لازمـا من جهته فلاـ ينافى اسـقاطه عـدم اللّزوم من جهه اخرى و هـذا لا فرق فيه بين ان يكونا خيارين مسبّبين من سـببين مختلفين بالنّوع أم فردين من نوع واحـد كما فى المقام و خيار العيب لمّا كان موجبا لتسـلّط المشترى على الفسـخ و اخـذ الارش فلو لم يفسـخ كان له أخـذ ارش كلّ من العيبين و لحاظ كلا النّقصـين و ان رضـى باحـد العيبين بمعنى انّه اسـقط حقّه من هـذه الجهه كان الاخر باقيا فى الحكم بتسـلّطه على الفسخ و اخذ الارش هذا و ثانيهما ما حكى عن العلّامه فى القواعد فى بيع الحيوان من التّفصـيل بين الخيـار و الارش فاثبت الاوّل و تنظّر فى الثّانى فظاهره نفى الارش و لم يعلم وجهه و يحتمل ان يكون نظره الى استصحاب جواز الردّ و اصاله البراءه من الارش و فيه انّ بعد قيام الدّليل لا وجه للتمسّك بالاصل الموافق و المخالف و لا يخفى انّ مـا ذكرنـا من تعـدّد الجهتين انّما هو بناء على ما سـتعرفه من انّ العيب الحادث لا يمنع عن الردّ بالعيب القـديم و الّا فبناء على كونه مانعا ينحصر سبب الخيار فى العيب الحادث

الرّابع لا اشـكال و لا خلاف فى انّ السّـبب الحادث فى زمان ضـمان البائع كان قبل القبض او بعده فى زمن الخيار لا يكون مانعا عن الردّ بالعيب السّابق على العقد و سرّه ما عرفت فى المسأله السّابقه و ظاهر كلام المحقّق فى العباره المتقدّمه عن الشّرائع و ان كان مخالفته للمشـهور فى المبيع الصّـحيح عنـد العقـد و لكن من الواضح انّ حكم العيب الحادث فى المبيع المعيب أيضا يكون كـذلك عنـده فلا يجوز عنـده الردّ بالعيب الحادث و انّما له الردّ بخيار الثّلاثه فى الثّلاثه و ذلك لأنّ المقتضـى للضّـمان انّما هو العيب الحادث فى زمان الخيار و وجود عيب سابق على العقد لا مدخليّه له فى هذا الضّـمان الحادث و لا فى الخيار الثّابت بسـببه من خيـار الحيوان او الاـشتراط مثلاـ و كـذا لازم مخالفته فى تلك المسأله للمشـهور و اختياره انّ العيب فى زمن الخيار لا يكون موجبـا للردّ و الأـرش و كـان الردّ من جهه خيار الحيوان مخالفته أيضا فى المقام و كونه مانعا عن الردّ بالعيب السّابق و ذلك لما فى المتن من انّ العيب الحـادث اذا لم يكن مضـمونا على البـائع حتّى يكون سـببا للخيار غايه الامر كونه غير مانع عن الردّ بخيار الثّلاـثه كـان مانعـا عن الردّ بـالعيب السّابق اذ لا يجوز الردّ بالعيب مع حـدوث عيب مضـمون على المشترى فيكون الردّ فى زمان الخيار بالخيار لا بالعيب السّابق و يؤيّد ما ذكرنا من الملازمه ما حكى عنه ره فى درسه من التّصـريح بالمخالفه للمشهور فى هذه المسأله أيضا و انّ تأثير العيب الحادث فى زمن الخيار و كذا عدم تأثيره فى الردّ بالعيب القديم انّما هو ما دام الخيار فاذا انقضى

الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشترى خلافا لشيخه ابن نما حيث ذهب الى مقاله المشهور و يدفعه مضافا الى ما مرّ انّ زمان الخيار ظرف لحدوث العيب و شرط لتأثيره و الخيار الّذى حصل العيب فى زمانه لم يكن علّه تامّه لثبوت الضّمان بل المقتضى للضّمان هو حدوث العيب فى زمان الخيار و الخيار الّذى انقضى زمانه كان شرطا فى تأثير المقتضى و اذا زال الخيار لم يمنع شى ء عن اقتضاء العيب اثره ثمّ انّ تمام الكلام فى كون التّلف او العيب فى زمن الخيار مضمونا على البائع من حيث التّخصيص بآفه سماويّه او تعميمها لغيرها يجى ء إن شاء اللّه تعالى فى احكام الخيار

الخامس قال فى اللّمعه بعد نقل قول المحقّق انّه لا يردّ الّا بالخيار و هو ينافى حكمه فى الشّرائع بانّ الحدث فى الثّلاثه من مال البائع مع حكمه بعدم الارش و قيّد شارحها الحدث فى العباره بالموجب لنقص الحيوان قال و كذا التّلف و لا يخفى انّه لو كان مراد المحقّق من الحدث هو التّعيب و نقص الحيوان كما فهمه شارح اللّمعه كان للمنافاه وجه فانّ كون الحدث الموجب للنّقص و هو التّعيب من مال البائع معناه ثبوت الارش او التّخيير بينه و بين الردّ و لكنّ الظّاهر انّ مراد المحقّق من الحدث الّذى حكم بكونه من مال البائع ما يتحقّق بعروضه انفساخ العقد لا ما يشمل التعيّب و نقص الحيوان و يشهد لهذا ما قاله بعد هذا بلا فصل و لو حدث فيه عيب من غير جهه المشترى لم يكن ذلك العيب مانعا من الردّ باصل الخيار و لم يحكم فيه بكونه من مال البائع و بالجمله ما ذكره فى الشّرائع من انّ العيب الحادث فى الحيوان مضمون على البائع مع حكمه بعدم الارش معناه انّه له الفسخ بسبب خيار الحيوان فيكون ضرر النّقص الحادث على البائع و هذا لا ينافى ما نقل عنه من عدم الخيار بالعيب بعد الثّلاثه و حمل فى الجواهر التّنافى الّذى ادّعاه الشّهيد على التّنافى بين الحكم بالضّمان و نفى الارش من حيث ثبوت الملازمه بينهما و قال ما هذا لفظه و كانّه يريد انّه اذا كان مضمونا على البائع كالجمله لزمه الحكم بالارش اذ لا معنى لكون الجزء مضمونا الّا ثبوت ارشه لانّ الارش عوض الجزء الفائت او التّخيير بينه و بين الردّ ه و ليس بوجه فانّه من التّنافى فى كلام الشّرائع و كلام الشّهيد صريح فى انّ ما قاله المحقّق فى درسه مناف لحكمه فى الشّرائع هذا مضافا الى ما عرفت من معنى العباره فى الشّرائع و قد يقال انّ غرض الشّهيد ره هو التّنافى من جهتين من جهه ما قاله فى الدّرس مع ما قاله فى الشّرائع و من جهه ما فى الشّرائع فى نفسه فانّ عدم الارش ينافى كون التّلف من مال

البائع و على اىّ حال فالجواب ما عرفت من معنى العباره

السّادس المنقول عن المحقّق فى درسه كما عرفت هو الردّ بخيار الثّلاثه لا بالعيب الحادث و المنقول عن شيخه ابن نما هو ثبوت الخيار بالعيب و بالثّلاثه و موافقته للمشهور و قد توهّم صاحب الجواهر و جعل قول ابن نما عكس قول المحقّق الّذى هو ثبوت الخيار الاصلى دون خيار العيب و انّ الخيار عنده بالعيب الحادث و جعلهما معا فى غير محلّه حيث انّه وافق المشهور بانّ الظّاهر تعدّد الخيار و الظّاهر انّ الّذى اوقعه فى الوهم هو ما قاله الشّهيد الثّانى فى شرح عباره الشّرائع المتقدّمه من انّ المفهوم من قوله لا يمنع الردّ و جعل الثّلاثه ظرفا له انّ الردّ بخيار الثّلاثه لا بهذا العيب الحادث الى ان قال و هذا هو المنقول من مذهب المصنّف فى المسأله و نقل عن شيخه ابن نما ثبوت الخيار فى المسأله المفروضه بالعيب الحادث الخ فانّ هذه العباره ربما يوهم انّ ابن نما يخصّ الخيار فى المسأله المفروضه بالعيب الحادث و انّه ليس له الردّ بالخيار الاصلى و لكنّ التأمّل فى العباره يرفع هذا الوهم فانّ قول ابن نما ره لا- يأبى عن التعدّد الّذى هو لازم المشهور هذا ما قاله صاحب الجواهر فى بحث خيار العيب و امّا فى بيع الحيوان فقد نقل قول ابن نما على وفق ما ينقلون عنه و هو ثبوت الخيار من جهتين فلاحظ

قوله (نعم لو علّل الردّ بالعيب القديم الخ)

لعلّ غرضه قد ره انّ دليل الخيار و الردّ بالعيب ان كان قاعده نفى الضّرر و كون الصّبر على المعيب ضررا و استدلّ على منعه فى المقام بما حكى عن العلّامه فى التّذكره كان المرجع بعد عدم الاولويّه من احد الطّرفين الى اصاله ثبوت الخيار و امّا لو استدلّ على منعه فى المقام بانّ تدارك ضرر المشترى بجواز الردّ مع تضرّر البائع بالصّبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعده نفى الضّرر كان المرجع اصاله اللّزوم فى العقود و ذلك لانّ على التقرير الاوّل كان نفى الضّرر شاملا للمقام و لكنّه يسقط بالمعارضه و يشكّ فى بقاء الخيار و المرجع اصاله بقائه و امّا على التّقرير الثّانى فالمدّعى هو عدم شمول نفى الضّرر للصّوره المفروضه رأسا فيقطع بعدم الخيار لاختصاص نفى الضّرر بغيرها و لكنّ العمده فى دليل الردّ هو الاجماع و النصّ و مع الخدشه فى الاجماع و فى النصّ بدعوى اجمال المرسله باعتبار الاجمال فى قيام العين الّذى هو شرط الخيار كان المرجع استصحاب الخيار عند الشكّ فى المسقط و يحتمل ان يكون كلامه هذا اعراضا عمّا ذكره أوّلا- فى ردّ العلّامه من انّ المرجع اصاله ثبوت الخيار و يكون الغرض انّ بناء على كون الدّليل نفى الضّرر لا يجرى استصحاب الخيار عند

الشكّ لانّه ح يكون من الشكّ فى المقتضى و امّا بناء على كون الدّليل هو النصّ و الاجماع فلا مانع من جريانه لانّه ح من الشكّ فى الرّافع

قوله (فلا يثبت بعد زواله لعدم الدّليل

الاولى بناء المسأله على انّ قيام العين الّذى جعل فى المرسله شرطا للردّ هل المراد منه كونه حال الردّ بمثل حال العقد أم المراد استمرار قيامه بحاله من حال العقد الى حال الردّ فعلى الاوّل لا وجه للسّقوط بخلاف الثّانى و الظّاهر منها هو الاوّل و عليه فلا مانع من السّقوط قبل الزّوال و الثّبوت بعده لانّ المدار ح فى المرسله الّتى هى الاصل فى دليل السّقوط على صدق قيام العين حين الردّ و عدمه و يؤيّده ما ذكره فى توجيه كلام التّحرير

قوله (و لو رضى البائع بردّه مجبورا بالارش الخ)

لا اشكال فى جواز الردّ ح و هل يكون فسخا لانّ مقتضى القاعده ثبوت الخيار و جواز الردّ بالعيب السّابق و عدم الجواز مع حدوث عيب عند المشترى انّما هو لحقّ البائع فاذا زال المانع اثّر المقتضى و هو الخيار الثّابت اثره أم يكون تقايلا لانّ بحدوث العيب سقط الخيار و جواز الردّ لرضى البائع به انّما هو خيار آخر حدث برضا الطّرفين

قوله (امّا الاوّل فالمعروف انّه لا يجوز التّبعيض

الظّاهر كما عليه المعظم انّ تبعيض الصّفقه بحيث يستلزم عدم ردّ العين الى البائع على ما كانت عليه حال العقد مانع عن الردّ بالعيب القديم سواء كان المشترى واحدا و هو مفروض الفرع الاوّل أم متعدّدا و هو مفروض الفرع الثّانى لا لانّ العقد لا يقبل التّبعيض لما قدّمناه فى مسئله بيع الفضولى مال غيره مع مال نفسه من صحّه التّبعيض فيه و انّه بالقياس الى متعلّقه اذا تعدّد او كان له ابعاض فى حكم عقود متعدّده و هو واقع فى بيع ما يملك و ما لا يملك و لا لانّ الفسخ لا يقبل التّبعيض تمسّكا بانّ العقد اذا فسخ انفسخ بجميعه فانّ فسخه عباره عن حلّه و جعله كلا عقد فلا معنى لبقائه بالنّسبه الى بعض متعلّقه فانّه مندفع مضافا الى ما نرى من وقوعه فى موارد كثيره كما فى الفسخ بخيار الشّرط اذا شرط لنفسه كلّا او بعضا و كما فى الاقاله المجوّز فيها التّبعيض و هى أيضا رفع لاثر العقد و ابطال له فهو فسخ برضا الطّرفين و كما فى المقام اذا كان التّبعيض بردّ المعيب منفردا برضا البائع فانّ الظّاهر اتّفاقهم على جوازه بانّ الفسخ و العقد مشتركان فى مناط الجواز و الامتناع و هو كون العقد امرا وحدانيّا بسيطا و قد عرفت جوازه فى العقد بل وقوعه و اذا كان فى مقام الثّبوت جائزا ففى مقام الرّفع يكون كذلك أيضا

فان

قلت ليس المناط فى العقد و الفسخ واحدا و الفرق بينهما واضح فانّ العقد من باب الاسباب و السّبب الشّرعى كالعقلى فكما انّ فى الاسباب العقليّه يتوقّف تأثيرها على وجود شرائط و فقد موانع فكذا الاسباب الشرعيّه لا تكون مؤثّره كيف ما وقعت و انّما تؤثّر فى محالّ اجتمعت فيها شرائط التّأثير و كانت الموانع مفقوده و العقد اذا تعلّق بمركّب او متعدّد يؤثّر فى محلّ قابل للتّأثير و لا يؤثّر فى غيره و هذا بخلاف الفسخ فانّه ليس الّا ابطالا للعقد الواقع و رفعا له و اذا كان المفروض تأثير العقد فى المجموع من دون تبعيض فى حال وقوعه كيف يمكن ابطال بعض أثره بل لا بدّ امّا من ابطاله اصلا او ابقائه كذلك

قلت الفسخ أيضا انّما يكون من باب الاسباب الشّرعيّه و ليس فى الحقيقه الّا معاوضه جديده عكس المعاوضه الاوليّه الواقعه بالعقد و ليس حاله الّا حال الاقاله فى كونهما سببا جديدا للمعاوضه غايه الأمر انّ فى الفسخ يكون السّبب لها إنشاء ذى الخيار وحده و فى الاقاله لا تكون سببا الّا برضى الطّرفين و انشائهما معا و ممّا يدلّك على انّ الفسخ سبب جديد هو عدم تاثيره الّا من حينه لا من حين العقد و تفسيره بانّه حلّ العقد و ابطاله ليس الّا على وجه المسامحه لاستحاله انقلاب الشّى ء عمّا وقع عليه و لقد علمت عند الكلام فى مسقطيّه حدوث العيب لحقّ الخيار تحقيق هذا الكلام و بالجمله الدّليل على انّ تبعيض الصّفقه على البائع مانع عن الفسخ ليس عدم قبول العقد او الفسخ للتّبعيض بل الدّليل انّ وقوع التّبعيض لا بدّ له من دليل شرعىّ لانّه سبب كذلك و ما عرفت انّما يقتضى مجرّد الامكان لا الوقوع و لذا قال فى الجواهر انّ القدر الثّابت هو السّلطنه على فسخ الكلّ و امّا تسلّط احدهما عليه و ان لم يرض به الاخر المثبت للتّبعيض فلم يثبت شرعا و الاصل عدمه ه و الدّليل على خيار العيب امّا ان يكون هو الاخبار او نفى الضّرر فان كان الاوّل فلا اشكال فى انّ ظاهرها ثبوت الخيار فى العقد باعتبار مجموع ما وقع عليه لا كلّ جزء لانّ متعلّق الخيار هو العقد و مع الفسخ ينفسخ بالنّسبه الى جميع اجزاء المتعلّق و دعوى ظهورها فى كون محلّ الخيار خصوص الجزء المعيب و فسخ العقد بالنّسبه الى بعض اجزائه لا وجه لها و لاجل ما ذكرنا من انّ المتّبع فى اثبات الاحكام هو ظواهر الادلّه و الاكتفاء بمقدار دلالتها ليس للعاقد ان يفسخ بالنّسبه الى بعض المبيع من جهه خيار المجلس و انّما له فسخ المجموع و كذا فى خيار الحيوان لو اشترى حيوانين ليس له الفسخ بالنّسبه الى احدهما و امّا لو اشترى حيوانا و غير حيوان

صفقه فله الفسخ بالنّسبه الى الحيوان خاصّه فانّ الظّاهر من الدّليل ثبوت الخيار فى الحيوان و عدمه فى غيره و ذلک لصدق بيع الحيوان المستلزم للخيار بادلّته و لا دليل على ثبوت مثل خيار الحيوان فى غيره فلو اثبتنا الخيار فى الجميع كان حكما بغير دليل و ان نفيناه عن الجميع كان نفيا لحكم اثبته الدّليل و هو الخيار فى الحيوان و غايه الامر فى هذا التّفكيک تبعّض الثّمن بذلک فيكون للبائع خيار التّبعيض و ان كان الدّليل على الخيار هو الضّرر فلا وجه أيضا للحكم بتبعّض الخيار لا لاباء الدّليل عن ذلک بل لانّ تبعّض الصّفقه ضرر على البائع و الضّرر لا يجبر بالضّرر و جبر ضرر البائع بتسليطه على فسخ العقد لتبعّض الصّفقه عليه و ان كان بمكان من الامكان الّا انّ جبر ضرر بضرر اخر كان الثّانى مجبورا بامر آخر لم يعهد من دأب الشّرع فتدبّر

قوله (لانّ المردود ان كان جزء مشاعا)

الظّاهر انّ ردّ الجزء المشاع لا معنى له فى المقام لانّ الكلام فيما لو ظهر عيب فى بعض المبيع و بيان حكم التّبعيض فى الردّ بردّ الجزء المعيب دون الصّحيح و التّبعيض بردّ البعض المشاع من الجزء المعيوب لا وجه له اصلا و ادون منه ردّ الجزء المشاع من المجموع

قوله (الّا انّه يوجب الضّرر على المشترى)

اذا قلنا بانّ ضرر التّبعيض على البائع يجبر بخياره على فسخ العقد فلا وجه لدفعه بانّه يوجب الضّرر على المشترى اذ قد يتعلّق غرضه بامساک الجزء الصّحيح امّا أوّلا فلانّ اللّازم رعايه حال المفسوخ عليه لا الفاسخ و هو المشترى فانّه اقدم على هذا الضّرر باختياره حيث ترک اخذ الارش و اختار الردّ نعم لو كان الردّ واجبا عليه لتمّ ذلک و امّا ثانيا فلانّ هذا الضّرر على المشترى لازم على كلّ من تقديرى ردّ المجموع و ردّ البعض فردّ البعض و هو المعيب ليس موجبا لنقض غرضه بخصوصه فالاولى فى المنع عن الجبر بخيار البائع على الفسخ ما ذكرنا من عدم معهوديّه امثال هذا الحكم من الشّرع

قوله (عدم جواز ردّ المبيع منفردا و ان رضى البائع)

الظّاهر عدم الاشكال فى ذلک غايه الامر انّه ليس فسخا بالخيار بل يكون من باب الاقاله و لا خلاف عندهم فى جواز التّبعيض فيها و الاشكال بانّ العقد امر بسيط و كيف يمكن التّبعيض فى حلّه فقد عرفت الجواب عنه

قوله (فى ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع)

فى عبائر المقام نوع تشويش و اضطراب و لعلّ الاشتباه وقع فى النّسخ المنقوله عن خطّ المصنّف ره و منها هذه الكلمه فانّها بظاهرها غير مراده

قطعا و غرضه انّه لا يشکّ فی انّ الخيار حقّ وحدانیّ متعلّق بمجموع ما تعلّق به و انّما الاشکال فی انّ متعلّقه هل هو الجزء المعيوب او هو مجموع ما وقع عليه العقد فلا تغفل

قوله (کما انّ للشّفيع ان يأخذ بالشّفعه فی بعض الصّفقه)

ليس الغرض جريان التّبعيض فی جميع موارد الشّفعه بل الغرض الاستيناس و الاستشهاد للمقام بالموارد الّتی جوّزوا التّبعيض فيها فی باب الشّفعه مثل قولهم فيما لو باع حصّه من الدّار و البستان صفقه بانّ للشّريک فيهما اخذ احدهما بالشّفعه مع انّ فيه تبعيضا للصّفقه

قوله (بل ليس قائما بعينه و لو بفعل الممسک)

و الفرق بين هذا الفرع و الفرع الاوّل حيث ادّعی فيه عدم جواز التشبّث بقوله (ع) فی مرسله جميل اذا کان الشّی ء قائما بعينه انّ المردود من المعيب هنا ليس تمامه بل ما هو الحصّه لاحد الشّريکين فليس الشّی ء من جهه امساک الشّريک الاخر حصّته قائما بعينه حين ما يردّ الی البائع بخلافه هناک فانّ المردود تمام المعيب اذا کان متعلّق الخيار هو خصوص الجزء المعيب و لا شکّ فی بقائه بعينه

قوله و من ذلک يعلم قوّه المنع و ان قلنا بتعدّد العقد)

قد يقال انّ هذا مناف لما ذکره قبل الشّروع فی حکم الفرع الاوّل من انّه مع تعدّد العقد بتعدّد الثّمن لا اشکال فی جواز التّفريق اذا الظّاهر انّه لا فرق بين التعدّد الجائی من قبل تعدّد الثّمن او من قبل تعدّد المشتری و يندفع بانّ مع تعدّد الثّمن کيف يمکن القول بانّ النّقص الحادث فی احد المعوّضين نقص فی المعوّض الاخر مع وضوح کون کلّ من العوضين رکنی العقد و هذا بخلاف تعدّد المشتری خصوصا مع وحده القبول فقياس التّشقيص بتعدّد المشتری بالتّشقيص عند تعدّد الثّمن غير وجيه و ما يستدلّ به لجواز التّفريق عند تعدّد المشتری بأنّ التّشقيص حصل بايجاب البائع فانّه اخرج المبيع الواحد إليهما مشقّصا فالشّرکه حصلت بايجابه فالجواب عنه ما فی المتن من انّه اخرجه غير مبعّض و انّما تبعّض بالاخراج و لا يقاس ما نحن فيه من تعدّد المشتری و کون الثّمن واحدا بما لو باع نصفه المعيّن من زيد و نصفه الاخر من عمر و بثمنين فی صفقه واحده حيث لا اشکال فی استقلال کلّ منهما فی الخيار و فی جواز الردّ و ذلک لامتناع ان يکون الاخراج غير مبعّض مع تعدّد کلّ من العوضين فی کلّ من النّقلين و لو فرض وقوع العقد فی صفقه واحده و لعمری انّ هذا من الوضوح بمکان فلا تغفل

قوله (و علم البائع بذلک

لیس فیه اقدام علی الضّرر)

بل علی تقدیر کون حکم المسأله جواز التّبعیض لیس علم البائع بتعدّد المشتری موجبا لاقدامه علی الضّرر فانّ صدق اقدامه موقوف علی التفاته الی العیب عند البیع و علی احتماله الفسخ من احدهما دون الاخر و لعلّه غافل عن جمیع ذلک

[مسأله یسقط الأرش دون الردّ فی موضعین:]

قوله (بعد ان حکاه وجها ثالثا)

لیس الغرض کما یتوهّم من ظاهر العباره انّ العلّامه ره ذکر فی مفروض المسأله وجوها ثالثها لبعض الشّافعیّه نعم یستفاد من کلماته انّ فی مفروض المسأله وجوها ثلاثه جواز اخذ الارش و عدم الجواز و التّفصیل بین الأخذ من جنس العوضین او غیره و لکنّ الوجوه التی ثالثها لبعض الشّافعیّه انّما ذکرها فیما اذا حدث عیب جدید فی ید المشتری فیما کان من الربویّ معیبا بالعیب القدیم و حاصلها فالاوّل انّه لیس له الارش و لا الردّ مجّانا و لا الردّ مع الارش و قال انّ طریق التخلّص فسخ البیع و الزام المشتری بقیمته من غیر الجنس معیبا بالعیب القدیم سلیما عن العیب الحادث و الثّانی الفسخ مع رضی البائع و یردّ المشتری العین مع ارشها و لا ربا الثّالث الرّجوع علی البائع بارش العیب القدیم و قال فی التّذکره فی المسأله المشار إلیها انّ هذا الوجه عندی لا بأس به و الموجّه لهذا الوجه بانّ المماثله فی مال الرّبا انّما یشترط فی ابتداء العقد هو بعض الشّافعیّه

[موارد سقوط الرد و الأرش معا]

قوله (فلو اشترط العالم ثبوت خیار العیب)

و هنا مسائل الاولی قد یلحق الظنّ بالعیب و الشکّ فیه بصوره العلم فی سقوط الخیار و یوجّه بانّ الاقدام علی ما لا یؤمن علی الضّرر یکون بمنزله الاقدام علی ما یعلم به و فیه أوّلا انّ البناء علی اصاله السّلامه یمنع عن صدق الاقدام و ان ظنّ بالعیب و ثانیا انّ دلیل الاقدام یرفع الخیار لو کان دلیله منحصرا بنفی الضّرر لکنّه قد عرفت انّ العمده هی الاخبار و هی یثبت الخیار مع الجهل فیخرج صوره العلم فقط و یبقی ما عداه و لو کان ظنّا نعم لا یبعد الحاق الظنّ القویّ بالعلم اذا کان الظنّ بحیث لا یجری معه اصاله السّلامه الثّانیه اذا کان المشتری وکیلا فان کان وکیلا فی مجرّد الصّیغه کان العبره فی سقوط الخیار بعلم الاصیل بالعیب و ان کان وکیلا مستقلّا فی التصرّف و اختلفا بان کان الأصیل عالما و الوکیل جاهلا او بالعکس فهل العبره بحال الوکیل او الموکّل او کفایه علم احدهما فی سقوط الخیار او کفایه جهل احدهما فی ثبوته وجوه خیرها ثالثها لصدق علم المشتری علی کلّ منهما علی الاصیل حقیقه و علی الوکیل تنزیلا و دعوی

انّ لازم الصّدق التّنزیلی الحکم بثبوت الخیار مع علم الاصیل و جهل الوکیل لانّ الاصیل و ان کان عالما حقیقه الّا انّه جاهل تنزیلا لجهل وکیله مدفوعه بانّ التّنزیل لا یکون الّا فیما یترتّب علیه اثر شرعیّ و سقوط الخیار اثر للعلم بالعیب و امّا ثبوت الخیار فهو اثر لوجود العیب لا للجهل به ثمّ انّه یستثنی من کفایه علم احدهما فی سقوط الخیار ما لو کان المالک عالما و لم یتمکّن من ردع الوکیل الجاهل و ذلک بناء علی کون الاقدام سببا للسّقوط فواضح و بناء علی الاخبار فلدعوی انصرافها فی مقام دلالتها علی السّقوط فی صوره العلم عن هذه الصّوره الثّالثه لو علم بالعیب فبان انّ الموجود غیر ما اعتقده فان کان ارش العیب الموجود ازید فلا اشکال فی ثبوت الخیار مط و الّا ففی سقوط الخیار لانّه اقدم علی الضّرر و تخلّف المصداق غیر قادح او ثبوته لانّه لم یقدم علی هذا العیب و انّما اقدم علی عیب اخر او التّفصیل بین اتّحاد السّنخ فالسّقوط و عدمه فالعدم وجوه خیرها اوسطها لاختلاف الاغراض و لو ظهر مع العیب المعلوم عیب اخر ثبت الخیار لانّه لم یقدم علی هذا و ان اقدم علی المعلوم و کذا لو ظهر زیاده العیب الموجود علی ما اعتقده و کانت الزّیاده ممّا لا یتسامح فیه و لو علم بالعیب ثمّ نسیه لحقه حکم الجهل

قوله (انّما یثبت لاقتضاء مطلق العقد السّلامه)

لا یقال انّ مقتضی هذا الدّلیل بطلان المعامله لانّ اقدام المشتری ح یکون من دون اعتماد علی اصاله السّلامه و هو اقدام علی الغرر لاحتمال ان یکون المبیع معیبا فانّه یقال لا منافات بین تبرّی البائع و عدم التزامه بالعیب و اتّکال المشتری فی عمل نفسه حیث اقدم علی هذه المعامله علی الاصل الرّافع للغرر

قوله (و مکاتبه جعفر بن عیسی الآتیه)

یأتی ذکرها فی المسأله الرّابعه من مسائل الاختلاف فی المسقط و دلالتها من وجهین الاوّل حکمه (ع) بانّ علیه الثّمن الدالّ علی لزوم البیع مع التبرّی الثّانی تقریره (ع) للمشتری حیث اعترف بسقوط خیاره علی تقدیر السّماع الدالّ علی انّ سقوط الخیار مع التبرّی ممّا لا یقبل الانکار

قوله (لا یقال انّ التبرّی ممّا لم یوجد یستدعی البراءه)

قد ذکرنا فی اسقاط خیار الغبن انّ البراءه عن العیوب فی العقد انّما هو دفع لتأثیر المقتضی لا ان یکون المقتضی ثابتا و البراءه مسقطا فلا یکون اشتراط سقوطه مستدعیا للبراءه ممّا لم یجب و لا فرق فی ذلک بین العیوب الموجوده و المتجدّده هذا مضافا الی انّ اسقاط ما لم یجب انّما یمنع عنه فیما لو ارید فعلا اسقاط ما لم یثبت موجبه و لو بثبوت مقتضیه و أمّا اذا کان حین وجود مقتضیه فلا مانع من

اسقاطه باعتبار ثبوت مقتضيه

قوله (و قد اعترف قدّس سرّه فى بعض كلماته)

قد علمت انّ البراءه من العيوب ليس من باب الاسقاط و انّما هى بالاشتراط يكون من باب الدّفع و عليه فيمكن ان يكون عدم تجويزه لاسقاط خيار الرّؤيه بعد العقد غير مناف لتجويزه اشتراط نفى خيار الرّؤيه فى العقد فلعلّه اراد من الثّانى غير الاسقاط

قوله (مع انّ اختصاص النصّ بصوره الخ)

و المراد من النصّ صحيحه زراره عن ابى جعفر (ع) و مرسله جميل عن ابى عبد اللّه (ع) و العجب ممّن يذهب الى ظهور النصّ المثبت للارش بعد التصرّف فيما قبل العلم و على اىّ حال فظاهرهم كما مرّ الاجماع على انّ التصرّف انّما يمنع عن الردّ خاصّه بل عباره الوسيله ليست صريحه فى الخلاف فى الجواهر انّ فيما حضرنى من نسخه الوسيله و ان علم بالعيب ثمّ تصرّف فيه لم يكن له الردّ و الارش لانّ تصرّفه ليس بموجب لرضاه قال و تعليله انّما ينطبق على انّ له الارش و لعلّ الاسقاط من النّساخ ه

قوله (كسائر الاوصاف المشترطه فى المبيع)

قد يتوهّم انّ العيب الحادث يحسب بإزاء العيب السّابق ففى صوره الردّ لا وجه لدفع المشترى قيمه النّقص الحادث فعلّل ره كلامه لدفع هذا التوهّم بانّ الصحّه فى هذا المبيع كسائر الاوصاف المشترطه فى المبيع الّتى لا يوجب فواتها ارشا و ذلك لانّ المفروض عدم نقصان القيمه بالعيب السّابق

قوله (اقتصر فى المبسوط على حكايتهما)

قال فى المبسوط اذا اشترى من غيره ابريقا من فضّه وزنه مائه درهم بمائه درهم و وجد به عيبا و حدث فى يده عيب اخر فانّه لا يجوز له ردّه لحدوث العيب فيه عنده و لا يجوز له الرّجوع بالارش لانّه ينقص الثّمن من وزنه فيكون ربا و لا يجوز اسقاط حكم العيب فاذا ثبت ذلك فقد قيل انّه يفسخ البيع و يغرم المشترى قيمه الابريق من الذّهب و لا يجوز ردّه على البائع لحدوث العيب عنده و يكون بمنزله التّالف و قيل أيضا يفسخ البيع و يردّ الابريق على البائع مع ارش النّقصان الّذى حصل فى يد المشترى و يكون ذلك بمنزله المأخوذ على طريق السّوم اذا حدث فيه النّقص فانّه يجب ردّه مع ارش النّقصان ه

[مسأله قال فى المبسوط: من باع شيئاً فيه عيبٌ لم يبيّنه فعل محظوراً]

قوله (فالمحصّل من ظاهر كلماتهم خمسه اقوال)

و هى استحباب الاعلام مط و وجوبه مط و وجوبه فى العيب الخفىّ مط او مع عدم التبرّى دون الجلىّ و التّخيير بين الاعلام و التبرّى فى الوجوب و الظّاهر من استدلالاتهم و كلماتهم ابتناء الكلّ فى وجوب الاعلام و عدمه على دعوى صدق الغشّ فى

صوره ترك الاعلام و عدمه و كون المدرك منحصرا فى ذلك امّا الكبرى و هو حرمه الغشّ فلا اشكال و

لا- خلاف فی حرمته و امّا الصّغری فهو کما فی المتن مبنیّ علی بیان معنی الغشّ و الّذی یظهر من ملاحظه العرف و اللّغه انّ کتمان العیب الخفیّ غشّ و امّا العیب الظّاهر فترک اظهاره لیس غشّا لعدم صدق الخفاء و الکتمان و قد مرّ فی المکاسب المحرّمه اقسام الغش و بیان احکام المسأله فلاحظ

[مسائل فی اختلاف المتبایعین]

[أمّا الأوّل، و هو الاختلاف فی موجب الخیار]

قوله قال فی التّذکره و لو اقام احدهما بیّنه عمل بها)

المشهور علی انّ البیّنه وظیفه للمدّعی و وظیفه المنکر لیس الّا الیمین فلو اقام البیّنه لم یقبل منه و ربما ادّعی بعضهم الاجماع علی ذلک و لکنّ العلّامه و جماعه ذهبوا الی سماعها عن المنکر و عدم الحاجه معها الی الیمین و لو فی غیر صوره تعارض البیّنتین و حکم التّذکره بانّه لو اقام احدهما بیّنه عمل بها مبنیّ علی هذا المسلک و إلیه اشار المصنّف بقوله و هذا منه مبنیّ علی سقوط الیمین عن المنکر باقامه البیّنه و تحقیق المسأله فی کتاب القضاء

قوله (و اذا حلف البائع فلا بدّ من حلفه علی عدم تقدّم العیب)

اعلم انّ من شرائط الیمین جزم الحالف و قطعه بما یستحلف علیه من اثبات شی ء او نفیه و یعبّر عنه بالبتّ الّا فی نفی الدّعوی المسوقه إلیه علی فعل الغیر فیحلف علی نفی علمه بفعل ذاک الغیر و علی هذا اتّفقت کلمتهم و فی المقام لا یکون المدّعی به فعل الغیر نظیر فعل الوکیل حتّی یکون الیمین المتوجّه علی البائع بعد تقدیم قوله متعلّقا بفعل الغیر و حتّی یکون حکمه من دون تامّل هو الیمین علی نفی العلم بل یکون من الاوصاف الخارجیّه الّتی لیست من فعل النّفس و لا من فعل الغیر فانّ النّزاع انّما هو فی وقوع العقد علی الصّحیح او المعیب و لاجل هذا وقع الاختلاف فی انّه ملحق بفعل النّفس و یحلف علی البتّ و یلحقه حکمه او بفعل الغیر فیحلف علی نفی العلم و استقرب فی مفتاح الکرامه الاوّل و هو ظاهر المصنّف حیث قال انّه اوفق بالقواعد و استقرب فی التّذکره الثّانی و استحسنه فی لک و لکن ذلک من باب الرّخصه لا العزیمه فلو حلف بتّا اذا کان مختبرا او کان عالما بوقوع العقد علی الصّحیح یسقط الدّعوی به و ظاهرهم سماع الدّعوی لو اقام المدّعی البیّنه بعد حلف البائع علی نفی العلم فسقوط الدّعوی بالحلف ینفی العلم مراعی بالبیّنه اذا عرفت هذا فاعلم انّ الوجوه المذکوره فی المتن فی صوره عدم الاختبار أربعه الاوّل الحلف علی الواقع علی البتّ استنادا الی الاصل الثّانی الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم و سقوط الدّعوی بذلک الثّالث الحلف علی نفی العلم و سقوط الدّعوی الی ان تقوم البیّنه فلو اقام المدّعی البیّنه بعد حلف البائع کان مقبولا الرّابع عدم الاکتفاء بالحلف علی نفی

العلم و لزوم ردّ الحاكم اليمين على المشترى فيحلف و هذا اوفق بالقواعد من دون فرق فى ذلك بين ان يكون الجواب بالانكار او بلا ادرى و وجهه انّ الغالب اطّلاع المالك على عيب ماله كنفس فعله ففى صوره علمه و اختباره يحلف على وجه البتّ و مع عدم علمه و اختباره يردّ الحلف الى المشترى

قوله (كما تدلّ عليه روايه حفص الوارده فى جواز الحلف)

فى الكافى عن حفص بن غياث عن ابى عبد اللّه (ع) قال قال له اذا رايت شيئا فى يدى رجل يجوز لى ان اشهد انّه له قال نعم قال الرّجل اشهد انّه فى يده و لا اشهد انّه له فلعلّه لغيره فقال ابو عبد اللّه (ع) أ فيحلّ الشّراء منه قال نعم فقال ابو عبد اللّه (ع) فلعلّه لغيره فمن اين جاز لك ان تشترى و يصير ملكا لك ثمّ تقول بعد ذلك هو لى و تحلف عليه و لا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله أليك ثمّ قال ابو عبد اللّه (ع) لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق فانّ بعد التأمّل يظهر منها جواز الاتّكال على الاصول و الامارات و المعامله معها معامله الواقعيّات فى مقام الشّهادات فضلا عن غيرها و انّ كلّ ما جاز الاتّكال عليه فى مقام العمل جاز الاتّكال عليه فى مقام الشّهاده و اليمين و فى قوله (ع) أ فيحلّ الشّراء منه و فى التّعليل المذكور فيها من قوله (ع) و لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق اوضح دلاله على ما ذكرنا و الخدشه بانّ الكلام فى الاعتماد على الاصل العملى و مورد الرّوايه صوره وجود اليد غفله عن وجه الاستدلال و لكنّ الشّأن فى انّ الصحّه و عدم العيب ليست من الامور الّتى يكفى فيها الاستناد الى سبب شرعىّ ظاهرىّ فانّ العيب بوجوده الواقعى موجب للخيار

قوله (فرع لو باع الوكيل فوجد به المشترى عيبا)

لا يخفى انّ الوكاله امّا معلومه عند المشترى أم لا و على الاوّل فان اتّفق المشترى و الوكيل على تقدّم العيب على العقد الموجب للخيار ردّ المبيع على الموكّل لانّه المالك و الوكيل نائب عنه و بطلت وكالته بفعل ما امر به و ان كان قد دفع الثّمن اخذه من الموكّل سواء وصل الثّمن إليه أم لا لانّ يد الوكيل و قبضه يد الموكّل و قبضه و وصول الثّمن إليه لا دخل له فى الردّ بالعيب و كذا لو اراد الامساك و الارش اخذه من المالك و ما ذكرنا انّما هو فيما بطلت وكالته و لو فرض بقائها كما فى عامل القراض فله الرّجوع الى الوكيل أيضا و الظّاهر انّ هذا هو المعروف بين الاصحاب و قال الشّيخ فى ط اذا وكّل رجلا فى بيع ماله و قبض ثمنه فادّعى انّه قبض الثّمن و تلف فى يده او دفعه إليه و صدّقه المشترى على ذلك فقال الموكّل

ما قبضته من المشترى كان القول قول الوكيل على اصحّ الوجهين فاذا حلف برئ فان وجد المشترى بالمبيع عيبا كان له ردّه بالعيب فان اقام البيّنه على انّه دفع الى الموكّل او الى الوكيل ثمنه كان له ردّ المبيع على ايّهما شاء و مطالبته بالثّمن و ان لم يكن له بيّنه لم يكن له مطالبه الموكّل لانّه لم يثبت له دفع الثّمن إليه و له مطالبه الوكيل بالثّمن و ردّ المبيع إليه لانّه اقرّ بقبض الثّمن منه و ليس للوكيل مطالبه الموكّل و يكون القول قول الموكّل مع يمينه انّه لا يعلم انّه قبض الثّمن من المشترى فاذا حلف لم يكن له مطالبته الّا ان يقيم بيّنه على ما يدّعيه من قبض الثّمن من المشترى و تلفه فى يده او دفعه إليه ه و على ما قدّمنا و هو المذكور فى المتن لو انكر الموكّل دفع المشترى للثّمن الى الوكيل فان اقام المشترى البيّنه فالحكم ما ذكر و مع عدم البيّنه فاذا اقرّ الوكيل بقبض الثّمن من المشترى و انّه دفعه الى الموكّل و حلف على الدّفع ففى رجوع المشترى الى الموكّل وجهان مبتيّان على كون اليمين طريقا شرعيّا لاثبات وقوع متعلّقه فى الخارج كالبيّنه أم لا بل هى لمجرّد سقوط الضّمان عن الوكيل فلا يطالب به الموكّل لعدم معلوميّه وصوله إليه او الى وكيله و هل للمشترى ح بعد الفسخ ان يأخذ المبيع مقاصّه عن الثّمن بعد اعترافه بالوكاله و بقبض الوكيل الموجب لشغل ذمّه الموكّل به فى الواقع وجهان مبتيّان على انّ جواز التّقاصّ مشروط بتمرّد المقابل و امتناعه أم انّه يجوز عند تعذّر وصول المطالب الى ماله مط و الوجهان جاريان أيضا فى اخذ الموكّل المبيع مقاصّه عن ثمنه مع التمكّن منه و العلم بعدم قبض وكيله الثّمن و على الثّانى فان ادّعى المشترى على الوكيل تقدّم العيب و لم يتمكّن الوكيل من اقامه البيّنه على حدوثه فان اعترف بالتقدّم و انكره الموكّل مع اعترافه بوكالته رجع المشترى الى الوكيل فى دفع المبيع إليه و أخذ الثّمن او الارش و قد يحتمل رجوع المشترى الى الموكّل تمسّكا تاره بانّ يد الوكيل ليست أماره على الملكيّه اذا لم تقترن بدعواها و كون البائع اصيلا او وكيلا باع لغيره ممّا لا يعلم الّا من قبله فهو مصدّق فى دعوى الوكاله و انّه باع لغيره فيرجع الى مالكه و لذا قالوا انّ الوكيل عن جماعه مشتركين فى عين يصدّق فى انّه باع لاىّ واحد من الشّركاء لانّه لا يعلم الّا من قبله و اخرى بانّ الوكيل يقبل قوله كما يقبل فى التّلف و ان بطلت وكالته فضلا عن صوره بقائها بقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به بناء على جريانها بعد انقضاء زمان الملك الفعلى كما يظهر من بعضهم و الوجهان فى غايه السّقوط امّا

الاـوّل فلاـنّ الكلام ليس فى الوكاله و كون البائع وكيلا أم أصـيلا و ليس اختلاف الموكّل و الوكيل فى ذلك و انّما الاختلاف فى تقدّم العيب و عدمه و ليس هذا من الامور الّتى لا يعلم الّا من قبل الوكيل حتّى يقبل قوله و امّا الثّانى فلانّ الكلام كما عرفت فى وجود العيب حين الـبيع او حـدوثه بعـده و كون المبيع معيبـا حين البيع أم لاـ ليس ممّـا و كـلّ فيه حتّى يكون مشـمولا لتلك القاعـده و يقبـل قول الوكيـل فيه و هـذا من الوضوح بمكـان و بناء على المعروف و المـذكور فى المتن من رجوع المشترى الى الوكيـل لم يملك الوكيل ردّه على الموكّل و للوكيل احلافه على عـدم السّـبق و هل للوكيل اخـذ المبيع الّذى فى يـده مقاصّـه فالوجهـان و على تقـدير عـدم جواز التّقـاصّ يكون المبيع امـانه عنـد الوكيـل و يجب دسّه فى مـال الموكّـل و لو ردّ اليمين على الوكيل فحلف على السّـبق الزم الموكّل و لو انكر الوكيل التقدّم حلف و لم يتمكّن من الردّ على الموكّل و هل للمشترى تحليف الموكّل لانّه مقرّ بالتّوكيل قال المصنّف الظّاهر لا و ما ذكره من التّعليل انّما يتمّ لو كان المشترى معتقدا بعدم وكاله الوكيل و امّا مع دعواه عـدم العلم بالحال و انّه اشترى من الوكيل و لم يعرف غيره فليس دعواه إنكارا للوكاله و جهله ح لا ينافى جواز تحليفه لكلّ منهما و لكن اذا حلف احدهما سقط دعواه و لا يجوز له تحليف الاخر لانّها دعوى واحده

قوله (لو ردّ سلعه بالعيب فانكر البائع)

لا خلاف فى تقـديم قول البائع لاصاله عـدم حقّ له عليه و اصاله عـدم كونها سـلعته و اصاله عـدم تأثير الفسخ بردّ هذه السّـلعه و اصاله عدم تعلّق العقد بهذه السّـلعه و اصاله براءه ذمّه البائع عن وجوب ردّ الثّمن بردّ هذه السّـلعه مضافا الى انّ المشترى لو ترك دعوى كون السّـلعه هو هـذا المعيوب لتركه البـائع و على القاعـده المقرّره يكون المشترى مـدّعيا و يقـدّم قول البـائع بيمينه و امّا المسأله الثّانيه و هى ما لو اتّفقا على الخيار و اختلفا فى السّـلعه ففيه قولان الاوّل تقـديم قول البائع و هو اختيار المصـنّف و الثّانى تقـديم قول المشترى و غـايه مـا تمسّـكوا له امور الاـوّل اتّفاقهمـا على ثبوت الخيـار و فيه ما فى المتن من انّ اتّفاقهما على جواز الفسـخ لاـ يؤثّر فى تقـديم قول المشترى الثّانى دعوى البائع خيانه المشترى و فيه أوّلا ما ذكره فى المتن من انّ الواجب ح القول بتقـديم قول المشترى فى المسـأله الاـولى أيضـا و مـا ذكره بعض الاعـاظم من امكان الفرق بين المسألتين فى جريان اصل عـدم الخيانه لانّ فى صوره معلوميّه

الخيـار امّـا للعيب او لغيره يكون دفع العين من البـائع الى المشترى مع كونها فى معرض العود إليه شبيها بالامانه فكانّ البائع جعل المشترى امينـا فى ذلـك فعليه ان يقبـل قوله فى دعوى التّعيين و هـذا بخلاـف صوره عـدم المعلوميّه كما فى المسأله الاولى فانّ استيمانه غير معلوم لا حاصل له فانّ بعـد الاعتراف بانّ دفع العين الى المشترى فى المسأله الثّانيه ليس من الـدّفع على وجه الامانه حقيقه و غـايه الامر انّ كونها فى معرض العود يجعلها شبيها بالامانه المالكيّه يمكن ان يقال فى المسأله الاولى أيضا انّ مع حكم الشّـارع بخيـار العيب يجعلها شبيها بالامانه الشّـرعيّه و ثانيا انّه لا وجه لتقـديم اصاله عـدم الخيانه على الاصول المتعـدّده الموجبه لتقديم قول البائع و ما افاده فى المتن من انّ مسـتندها ظهور حال المسـلم نظير اصاله الصحّه فممنوع لعدم الدّليل على حجّيه هذا الظّهور لو فرض و لا اشكال فى انّ مقتضى القاعده فى موارد الاشتباه و عدم العلم باعتبار الظّاهر هو الرّجوع الى الأصل و ثالثا انّه لو جعلنا المـدار فى تعيين المدّعى و المنكر بانّ المدّعى هو الّذى لو ترك ترك يكون المشترى هو المدّعى و كذلك بناء على مـا اختاره جماعه من انّ المـدار فيه على الصّـدق العرفى لانّ اللّفظين لم يرد فى معناهما شـى ء من الشّـرع و لم يكن لهما حقيقه شرعيّه و الاختلاـف فى تعريفهمـا نـاش عن الاختلاـف فى الفهم العرفى و رابعـا انّ على فرض التّسـليم تكـون المسـأله من بـاب التّـداعى لانّ المشترى يـدّعى انّ المبيع هو هـذا المعيب و البائع يدّعى انّه غيره فكلّ واحد مدّع من جهه و منكر من اخرى و كلّ واحـد منهما يوافق اصـلا و هـذا هو التّـداعى و لا بـدّ ح من الرّجوع الى ميزان ذاك الباب لا تقـديم قول المشترى الثّالث دعوى البائع سقوط حقّ الخيار الثّابت للمشترى و هو ينكره و فيه ما افاده فى المتن أوّلا من انّها تجدى اذا كان الخيار المتّفق عليه لاجل العيب لسـقوطه بـالتّلف و الّما فـاكثر الخيـارات ممّـا اجمع على بقـائه مع التّلف بل لا يجـدى فى العيب أيضا مطلقا فهو اخصّ من المـدّعى لاختصاصه بصوره التّلف و الـدّعوى عن البائع اعمّ منه و من التبدّل و ثانيا من انّ اصاله عدم سـقوط الخيار غايته ثبوت الخيـار و امّـا كون هـذه السّـلعه ما لا للبائع و يجب عليه قبولها فلا يترتّب عليه الّا من جهه التّلازم فالاقوى ما ذكره فى القواعـد و جامع المقاصد من انّ المشترى يدّعى كون هذه السّلعه هى السّلعه المعيبه و ينكره البائع فيقدّم قوله لاصاله عدم كونها سلعته فان جاء بسلعه اخرى يقبلها البائع بكونها ماله اخذ الثّمن و الّا للبائع امساكه مقاصّه عن ماله

[و أمّا الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]

قوله (قدّم منكر العلم فيثبت الخيار)

لانّ عدم العلم بالعيب حال العقد شرط للخيار

فهو من باب احراز موضوع الحكم احد جزئيه بالوجدان و الاخر بالاصل و لا يعارض هذا الاصل و هو اصاله عدم العلم باصاله اللّزوم فانّه ان اريد منها العمومات فهى اجنبيّه عن الشّبهات الموضوعيّه و ان اريد منها الاستصحاب فهو محكوم بالنّسبه الى اصاله عدم العلم لانّه مسبّب عنه و لو فرض العلم بعلمه سابقا بالعيب و يدّعى زوال علمه و اعتقاده بالصحّه حال العقد فالاصل يقتضى بقاء علمه و يسقط الخيار

قوله (فمقتضى القاعده بقاء القديم الموجب للخيار)

لا يخفى انّ بقاء الجديد مانع عن الردّ بالعيب القديم فمقتضى القاعده تعارض الاصلين من حيث الردّ و عدمه و ذلك لانّ جريان اصاله بقاء القديم مقتض للردّ و الارش و جريان اصاله بقاء الجديد مقتض لعدم الردّ لما مرّ من انّ العيب الحادث عند المشترى موجب لسقوط الردّ خاصّه فالقاعده تقتضى عدم الردّ للمعارضه و ثبوت الارش لعدم المعارضه بشى ء فى ثبوته و ان شئت قل انّ البائع و المشترى متّفقان على ثبوته و انّما النّزاع فى ثبوت الردّ أيضا و الشّافعى و ان اختار ما ذكرناه لكنّ الظّاهر انّه اخطأ فى وجهه و هو التّحالف لانّ محلّه ما كان مورد التّداعى امرا واحدا وجوديّا كان يدّعى احدهما ملكيّه شى ء و الاخر أيضا يدّعى ملكيّته

قوله (فلا اشكال فى تقديم قول المشترى)

و ذلك لاصاله عدم حدوث الزّياده

قوله (قدّم منكرها فيثبت الخيار لاصاله عدمها الحاكمه)

اذ الشكّ فى اللّزوم و عدمه مع وجود العيب انّما هو مسبّب عن البراءه عنه و عدمها و لا فرق فى ذلك بين طرح الدّعوى بامساك المشترى عن اداء الثّمن للعيب و دعوى البائع البراءه منه او دعوى المشترى ثبوت الخيار و انكار البائع له من دون ذكر البراءه الّتى هى السّبب لسقوط الخيار و عدم استحقاق الفسخ لانّ المدار عندهم فى تشخيص المنكر على موافقه الاصل و انّ من كان قوله موافقا له فهو المنكر و لمّا كان المفروض اتّفاقهما على تحقّق العيب و كان النّزاع و الغرض متعلّقا باثبات الخيار من جهه العيب و عدمه من جهه البراءه و نحوها من المسقطات كان المشترى قوله موافقا للاصل و هو عدم المسقط من دون مدخليّه لخصوصيّه طرح الدّعوى

قوله (و فى كلّ منهما نظر)

امّا فى الاوّل فلانّ الخبر رواه الشّيخ ره و هو من قسم الحسن و عمل به الاصحاب فى غير المقام فلا بدّ فى المقام من توجيهه مهما امكن و امّا فى الثّانى فلانّ ظاهر الرّوايه على خلاف القاعده المذكوره لوضوح انّ المدّعى هو البائع و المنكر هو المشترى

قوله و الاولى توجيه الرّوايه)

و وجّهها بعض بانّ المراد بقوله ادّعى عيوبا انّه ادّعى

حدوث عیب جدید بعد العقد و المراد بقوله قد برئت منها اظهرت و المقصود انّ الدّلال یقول اظهرت لک عیوبها و اشتریت مع العیب و المشتری یقول انّه حدث فیه عیب جدید و الحکم باللّزوم من جهه انّ العیب الجدید لیس سببا للخیار فیلزم بالثّمن و هو توجیه لا یلتفت إلیه من جهات عدیده

قوله (و یمکن التفصّی عنه امّا بالتزام کفایه تقدّم الشّرط)

و کلّ واحد من الوجوه المذکوره کاف فی التفصّی مضافا الی عدم لزوم ذکر التبرّی شرطا فی ضمن الایجاب بل یکفی فی السّقوط وقوع العقد بناء علی الشّرط المذکور خارجا و ان شئت قلت انّ قبول المشتری بعد ایجاب البائع الواقع بعد التبرّی اقدام من المشتری علی الالتزام بالعیب و ان لم یکن التبرّی من الشّرط فی ضمن العقد

قوله (ثمّ الحلف هنا علی نفی العلم)

غرضه قدّس سرّه انّ النّزاع لمّا کان فی علم المشتری بالبراءه و عدمه لانّه المسقط للخیار لا مجرّد براءه البائع واقعا و لو لم یعلم به و البائع یدّعی علمه و المشتری ینکره کان اللّازم حلفه علی نفی علمه و من الواضح انّ هذا حلف علی وجه البتّ و علی طریق الموضوعیّه علی نفی دعوی البائع و هو علم المشتری بالبراءه فلیس الغرض من نفی العلم فی العباره نفی العلم فی مقابل البتّ لانّه لا یکون الّا فی فعل الغیر و یکون نفی العلم ح علی وجه الطّریقیّه

قوله (و لو وجد فی المعیب عیب اختلف فی حدوثه)

قال بعض الاعاظم لا یخفی انّ هذا تکرار لما ذکره فی المسأله الثّالثه فلا تغفل ه و الظّاهر انّ مفروض المقام ما لو اتّفقا علی وجود عیب حال العقد و وجود عیب فی الحال بعد القبض و ادّعی البائع انّ الموجود حال العقد قد زال و هذا عیب حادث فلا خیار و ادّعی المشتری انّه هو العیب القدیم الموجب للخیار و ما افاده ره من احتمال تقدیم مدّعی الحدوث لاصاله عدم تقدّمه الحاکمه علی اصاله بقاء الخیار للتّسبیب لا وجه له لانّ الکلام فی حدوث المسقط و هو العیب الجدید و اصاله عدم تقدّم العیب لاثبات حدوثه عند المشتری الّذی هو المسقط من المثبت فالاقوی هو تقدیم قول المدّعی لعدم الحدوث لاصاله بقاء الخیار

[و أمّا الثالث الاختلاف فی الفسخ]

قوله (و لعلّه لما اشتهر بینهم من انّ من ملک شیئا الخ)

الظّاهر انّ کلامه لیس لاجل ما اشتهر من قاعده من ملک حتّی یشکل بعدم ثبوت کلیّه لها بحیث یشمل المقام بل ناظر الی انّ الخیار اذا کان باقیا فالمقام من الموارد الّتی یکون الاخبار مقام الانشاء کما ذهب إلیه جماعه فی کلّ مورد کان المدار علی کشف رضا المخبر بذلک الأمر مثل قوله انّی کنت قد رجعت عن الطّلاق فانّه یکون کاشفا عن الرّضا فیکون کافیا فی الرّجوع و صریح

المصنّف حيث يقول فان كان الخيار باقيا فله انشائه عدم كفايه الاخبار فى مقام إنشاء الفسخ

قوله (ان يأخذ اقلّ الامرين الخ)

و عليه اذا تلف العين معيبا فعلى المشترى بمقتضى اقراره دفع قيمه التّالف و هو قيمتها معيبا و استرداد الثّمن و الامر ظاهر فى صوره تساويهما و لو كانت القيمه ازيد من الثّمن كما لو كانت القيمه عشره و الثّمن ثمانيه لزم على المشترى دسّ الدّرهمين فى مال البائع بمقتضى اقراره و فى العكس كما لو كانت قيمه الصّحيح عشره و المعيب ثمانيه و الثّمن اثنى عشر استحقّ المشترى مقدار الارش و هو درهمان لانّه يستحقّه يقينا على تقديرى الفسخ و عدمه

قوله (او مدّعى عدمه لاصاله صحّه الفسخ وجهان)

و الاقوى الوجه الاخير لاصاله حمل فعل المسلم على الصحّه و ما يتخيّل فى منع جريانها فى المسأله امور الاوّل اختصاصها بغير صوره التّنازع و فيه انّ الظّاهر المسلّم هو ثبوت حجّيتها مط و هى من الاصول المجمع عليها فتوى و عملا بين المسلمين و يظهر من المراجعه فى كلمات القوم انّ معقد الاجماع هو نفس عنوان اصاله الصحّه بنحو الكبرى الكليّه و انّما الفرق هو جريانها فى غير صوره التّنازع و الحكم على طبقها اذا لم يكن هناك دليل حاكم عليها و امّا فى صوره التّنازع فليس الغرض منها الحكم فى الدّعوى على طبقها بل الغرض انّ من وافق من المتداعيين قوله لاصاله الصحّه كان هو المنكر فاصاله الصحّه جاريه فى صوره التّنازع مع اليمين و قد ذكروا فى كتاب القضاء انّ المدّعى من يخالف قوله الاصل و المنكر من يوافق قوله الاصل و ليس المراد من الاصل هو خصوص اصاله العدم او اصاله البراءه بل معنى موافقه الاصل هو موافقه القاعده المعتبره شرعا فعلا فى المورد بمعنى انّه لو لا التّداعى لعمل عليه سواء كان اصلا عدميّا او وجوديّا اوليّا او ثانويّا او ظاهرا معتبرا شرعا لو لا التّداعى و من هنا قد يختلف موافقه الاصل بالنّسبه الى شخص واحد فى كيفيّه التكلّم فلو قال المدّعى عليه بالف دينار مثلا انّى لست مشغول الذمّه و ليس علىّ شى ء فهو منكر لموافقه قوله اصاله البراءه و لو قال انّى ادّيتها يصير مدّعيا لانّه باقراره الضّمنى قد احدث موضوعا للاصل الموافق لقول المطالب و هو اصاله البقاء و كذلك الودعى يكون منكرا و مدّعيا لو قال بعد مطالبه الوديعه انّه ليس علىّ شى ء او تلف ما اودع إلىّ و كذلك بالنّسبه الى ذى اليد فانّه لو لم يقرّ بانّ ما فى اليد كان للمدّعى يكون منكرا و لو اقرّ له ثمّ ادّعى ملكيّته له و ادّعى المقرّ له انّه ملكه يصير مدّعيا لانّه باقراره قد ارتفع اعتبار يده فى مقابل

دعوى المقرّ له فالاصل الّذى يرجع إليه فعلا- هو اصاله البقاء الموافقه لقول المقرّ له و اذا عرفت هذا فالغرض فى المقام من تقديم قول مدّعى تقدّم الفسخ على انقضاء الخيار لاصاله الصحّه هو تقديم قوله مع يمينه لو لا- البيّنه على خلافه لا الحكم بالتّقديم بمجرّد اصاله الصحّه الثّانى عدم جريان اصاله الصحّه فى فعل الغير و حمل فعل المسلم على الصحّه فى الايقاعات و فيه انّه ان اريد منع كون فعل المسلم و قوله بمجرّده دليلا على الواقع بمعنى منع كون صدور ذلك من المسلم كافيا فى الحكم فيما اشتبه حكمه الشرعىّ فهذا غير مختصّ بالايقاعات و ان اريد المنع فيما اشتبه فيه الموضوع بان كان هناك صورتان إحداهما موافقه للشّرع صحيحه و الاخرى مخالفه له فاسده و قد علم حكمهما من الشّرع و لم يعلم انّ هذا الفعل الصّادر عن المسلم من اىّ الصّورتين و يمنع عن البناء على انّه من افراد الصّحيحه اذا كان ايقاعا فهذا كلام لم يقل به احد اذ لا فرق فى لزوم حمل فعل المسلم على الصحّه بين ما كان عباده او معامله عقدا او ايقاعا و ان اريد المنع فى خصوص صوره التّنازع ففيه ما تقدّم من معنى جريانها فى صوره التّنازع الثّالث ما ذكره المصنّف ره فى اواخر كتاب البيع فى اختلاف المتبايعين من الاشكال فى جريانها فى نفسها مع قطع النّظر عن مقام التّنازع و فيه ما ذكرناه هناك فراجع الرّابع عدم جريانها فيما يوجب اثبات حقّ على الغير كما فى المقام اذ لو بنينا على صحّه الفسخ وجب على البائع ردّ الثّمن و فيه انّه ان اريد من عدم اثبات اصاله الصحّه فى الفسخ وجوب ردّ الثّمن معارضتها لاستصحاب بقاء الثّمن على ملك البائع و عدم وجوب ردّه فمن الواضح حكومتها على الاستصحاب و ان اريد منه انّه لا- يترتّب عليها الّا الآثار الشرعيّه سواء كان اعتبارها من باب الظنّ النّوعى و ظهور حال المسلم او كانت من الاصول التعبّديه المحضه فانّ بناء على كون اعتبارها من باب الظّهور لا دليل على اعتبار هذا الظّهور الّا من حيث كشفه عن صدور الفعل الصّحيح عنه بما هو هو و امّا كشفه عن لوازم الغير الشرعيّه فليس ممّا قام الدّليل على اعتباره فهذا حقّ لا محيص عنه و قد اوضحناه فى محلّه الّا انّا نقول انّ وجوب ردّ الثّمن على البائع من الآثار الشرعيّه المترتّبه على صحّه الفسخ بل نقول انّ صحّه الفسخ كون الثّمن ملكا للفاسخ و ذلك لانّ المراد من الصحّه ليس ترتّب الأثر بل المراد منها كون الفعل على وجه يترتّب عليه الاثر و لا اشكال فى انّ اصاله الصحّه تقتضى كون الفعل الموجود هو الفرد الصّحيح من الفعل من حيث هو صحيح فهى معيّنه ظاهريّه للموضوع من حيث ترتّب الصحّه عليه مثلا اذا شكّ

فی کون العقد الصّادر صادرا من بالغ او غیره فیقضی بانّه صادر عن البالغ من حیث الحکم بافادته النّقل و الانتقال لا وجوب الحکم بصحّته و ترتّب الأثر علیه حتّی تکون جاریه فی نفس الاثر و الصحّه و هذا هو السرّ فی حکومه اصاله الصحّه علی الاستصحابات الموضوعیّه المترتّب علیها الفساد المطابقه لاصاله الفساد کاصاله عدم اختبار المبیع بالرّؤیه او الکیل او الوزن و ان قلنا باعتبار الاستصحاب من باب الظنّ و اعتبار اصاله الصحّه من باب التعبّد ففی مثال البلوغ لیس فی مقابل اصاله الصحّه المشخّصه للفعل فی ضمن الفرد الصّحیح الّا اصاله عدم وجود العقد عن البالغ الّتی یرجع الی اصاله عدم وجود السّبب الشرعیّ الرّاجعه الی اصاله الفساد حقیقه و ما یدلّ علی عدم وجود السّبب فی الظّاهر لا یعارض ما یدلّ علی سببیّه الموجود لانّ دلالته علی عدم وجوده انّما هو من حیث عدم قیام ما یدلّ علی سببیّه الموجود فاذا قام ما یدلّ علیها فلا معارضه و هذا هو السرّ أیضا فی تسالمهم علی انّ اصاله الصحّه الجاریه فی فعل احد الطّرفین تثبت صحّه الفعل الصّادر عن الطّرف الاخر اذا توقّف صحّه احد الفعلین علی صحّه فعل الاخر کما فی صوره الشکّ فی بلوغ احد المتعاقدین فانّ صحّه فعل البالغ تتوقّف علی صحّه فعل الآخر المتوقّفه علی بلوغه المشکوک أیضا و لا نحتاج ح الی اجراء اصاله الصحّه فی فعل من یشکّ فی بلوغه فالقائل بانّ اصاله الصحّه لا یجری فیما کان الشکّ من جهه بلوغ الفاعل مثلا لا یکون الفعل عنده محکوما بالصحّه اذا لم یکن له طرف اخر معلوم البلوغ یستلزم صحّه فعله صحّه فعل هذا الفاعل کما لو شکّ فی انّ الابراء او الوصیّه هل صدر منه حال البلوغ أم قبله و هذا هو السرّ أیضا فیما تراه فی کلام استاد المتاخّرین شیخنا المرتضی قدّس سرّه فی مقام الحکم بثبوت شرط الصحّه فی الخارج بجریان اصاله الصحّه فی العقد و عدمه من الفرق بین ما لو شکّ فی انّ الشّراء الصّادر من الغیر کان بما لا یملک کالخمر و الخنزیر او بعین من اعیان ما له حیث لا یحکم بخروج تلک العین من ترکته باصاله الصحّه بل یحکم بصحّه الشّراء و عدم انتقال شی ء من ترکته الی البائع و ما لو شکّ فی بلوغ المتعاقدین حیث یحکم بخروج العوضین عن ملک مالکهما باصاله الصحّه مع انّ مختاره فی اصاله الصحّه هو ترتّب الآثار الشرعیّه المترتّبه علی العمل الصّحیح لا ما یلازم الصحّه من الامور الخارجه عن حقیقه الصّحیح و وجه الفرق انّ الحکم بصحّه العقد فی الاوّل لیس معناه وقوع العقد علی الملک المعیّن و ان کان لازمه ذلک للعلم الاجمالی بخلاف

الثّانی فانّ الحکم بصحّه العقد فیه یقتضی الحکم بخروج العوضین عن ملک مالکهما فاصاله الصحّه فی الاوّل یشخّص البیع فی الفرد الصّحیح من البیع و لا یشخّص وقوع البیع علی عین معیّن و فی الثّانی تشخّصه فی الفرد الصّحیح و معناه هو تحقّق البلوغ من الحیثیّه المذکوره و خروج العوض عن ملک مالکهما کما مرّ الاشاره إلیه و تمام الکلام فی محلّه و بالجمله لا یمکن تخصیص القاعده المجمع علیها بما یوجب اثبات حقّ علی الغیر من غیر دلیل قطعیّ و ادلّتها بل الاجماع القولی المحقّق الواقع علی الکبری الکلیّه کافیه فی بطلان هذه الدّعوی و قد اتّفقوا علی التمسّک بها فی الدّعاوی و المرافعات فی مقام اثبات الحقّ علی الغیر و تقدیم قول مدّعی الصحّه بیمینه

لا یقال انّ اصاله الصحّه فی امثال المقام لا یثبت الّا الصحّه التأهلیّه و هی لا تفید وقوع الفسخ فی أوّل الوقت و توضیحه انّ معنی حمل فعل المسلم علی الصّحیح کما تقدّم هو الحکم بانّ الصّادر منه و الموجود منه فی الخارج هو الفرد المترتّب علیه الأثر و من الواضح انّ الاثر المقصود یختلف باختلاف الأفعال فاذا اتّفقا علی عقد السّلم او علی بیع الصّرف و اختلفا فی القبض قبل التفرّق او فی المجلس او اتّفقا فی الهبه او الوقف مع اختلافهم فی مطلق القبض لا یصحّ ان یحکم بتحقّق ذلک باصاله الصحّه فی العقد الواقع لانّه مقطوع بصحّته علی تقدیر عدم تحقّق الشّرط و هو القبض و کذا لو شکّ فی تحقّق الاجازه للعقد الواقع من الفضولی فاصاله الصحّه فی فعل الفضولی لا یفید فی البناء علی لحوق الاجازه و کذا لو شکّ مثلا فی انّ الایجاب الصّادر من المسلم فی البیع هل وقع بلفظ الصّریح او العربی او الماضی بناء علی اعتبارها فی تأثیر الایجاب فاللّازم حملا علی الصحّه البناء علی کونه مشتملا للامور المذکوره و أمّا اذا شکّ بعد القطع بوجود الایجاب جامعا للشّرائط فی تحقّق القبول من المشتری فلا معنی للحکم بالبناء علی تحقّق القبول من المشتری من جهه اصاله الصحّه فی الایجاب فانّ مع القطع بعدم تحقّق القبول یقطع بصحّه الایجاب لعدم ارتباط صحّه احد الجزءین بوجود الاخر بل لا یعقل معنی لذلک فانّ جمیع الاجزاء بالنّسبه الی تحقّق المجموع فی مرتبه واحده و ممّا یتفرّع علی ذلک انّه لو اختلف المرتهن الأذن فی بیع الرّهن و الرّاهن البائع له بعد اتّفاقهما علی رجوع المرتهن عن اذنه فی تقدیم الرّجوع علی البیع فیفسد او تاخّره فیصحّ لا یصحّ ان یقال انّ جریان اصاله الصحّه فی الاذن یقضی بوقوع البیع صحیحا او انّ اصاله صحّه الرّجوع یقضی بکون البیع فاسدا لانّ صحّه کلّ من الاذن و الرّجوع صحّه شأنیّه تأهّلیّه و معنی ترتّب الاثر علیهما انّه لو وقع فعل المأذون عقیب الاذن ترتّب علیه الاثر و لو وقع فعله بعد

الرّجوع كان فاسدا امّا لو لم يقع عقيب الاوّل فعل بل وقع فى زمان ارتفاعه ففساد هذا الواقع لا يخلّ بصحّه الاذن و كذا لو فرض عدم وقوع الفعل عقيب الرّجوع فانعقد صحيحا فليس هذا من جهه فساد الرّجوع و من العجيب تمسّک صاحب الجواهر باصاله صحّه الرّجوع حيث عارض اصاله صحّه البيع بذلك فراجع و الحاصل لنا بعد ذكر هذه الامثله دعوى انّ اصاله الصحّه فى الفسخ تفيد الصحّه لو كان واقعا فى أوّل الوقت و لا تفيد الصحّه الفعليّه و الحكم بوقوعه فى أوّل الوقت

فانّه يقال ما ذكرتم من الصحّه التّأهليّه دون الفعليّه صحيح لا ريب فيه و لكنّه مخصوص بالشكّ الواقع بالنّسبه الى الشّروط و الاجزاء المتأخّره وجودا عن وجود الفعل المحمول على الصحّه فانّ حمله على الصّحيح لا يقتضى تحقّق الشّرط المتأخّر من دون اشكال فانّ الصحّه تختلف بالاعتبارات لانّ العقود مثلا لها صحّتان صحّه موجبه لتأهّل العقد للسببيّه و التّأثير على تقدير وجود الشّرط المتاخّر و صحّه تامّه موجبه للسببيّه الفعليّه زياده على السببيّه الشّأنيّه متوقّفه على ذلك الامر المتأخّر و من الواضح جواز التّفكيک بينهما و ذلك مثل ما لو اوقعا عقدا و اختلفا فى اشتراط الخيار و عدمه فى ضمنه فانّ الحمل على الصّحيح لا ينافيه اشتراط الخيار و مثله ما لو اختلفا فى كونه اصاله او فضولا و ما ذكرتم من الامثله كلّها من العقود و الافعال المتوقّفه على الشّرط المتأخّر و لا يجرى جميع ما تقدّم فى صحّه الفعل بالنّسبه الى الشّروط المتقدّمه او المقارنه و لا مانع من التمسّک بالقاعده على اثبات صحّه الفعل بالنّسبه الى الشّروط الّتى كان زمان ايجادها مقدّما على زمان ايجاده او مقارنا له كالرّؤيه فى البيع و عدم تاخّر الايجاب عن القبول و صدور العقد من الايجاب و القبول باللّفظ العربىّ الصّريح الماضى و اقتضاء حمل الفسخ فى مسئلتنا على الصّحيح على كونه واقعا قبل انقضاء المدّه من هذا القبيل فانّ من شرائط تأثير فسخ ذى الخيار فى مرتبه نفسه عند الشّارع ان يقع فى زمان الخيار و بناء على فوريّه الخيار يكون محلّ الفسخ و من شرائط صحّته وقوعه فى أوّل الوقت فتدبّر جيّدا و لا يبعد ان يكون الباعث لتمسّک صاحب الجواهر باصاله صحّه الرّجوع فى مسئله اختلاف المرتهن و الرّاهن فى رجوع المرتهن عن الاذن حسبانه انّه من هذا القبيل و انّ صحّه الرّجوع يقتضى عدم تقدّم البيع عليه و الصّواب ما تقدّم من انّه من قبيل الشّرط المتاخّر فانّ صحّه كلّ شى ء بحسبه و صحّه الرّجوع عباره عن تأثيره فى رفع الاذن و فساد البيع عقيبه لو كان الاذن باقيا غير مرتفع محلّه بالبيع السّابق و من الواضح القطع بصحّه

الرّجوع بهـذا المعنی علی فرض القطع بوقوع البیع بعده فضـلا عن صوره الشکّ نعم لا بأس باجراء اصاله الصـحّه فی الرّجوع فی مسائـل اخری مثـل مـا لو وقع الاختلاف فی وقوعه فی حال الاحلال او الاحرام فانّ من شـرائط تأثیر الرّجوع فی مرتبه نفسه عند الشّـارع وقوعه فی حـال الاحلال و کـذا لو وقع الاختلاف فی وقوع الرّجوع قبل انقضاء العـدّه او بعـدها فانّ حمله علی الصّـحیح یقتضـی وقوعه قبل انقضاء العدّه لو لم یکن فی المسأله ما یکون حاکما علی اصاله الصـحّه فانّ صـحّه الرّجوع فی المسألتین انّما هی من قبیل صـحّه الایجاب بالبناء علی کونه مشـتملا علی الشّـرائط المتقدّمه و من قبیل صـحّه الفسخ من ذی الخیار بالبناء علی وقوعه فی زمان الخیار هذا ثمّ لا یخفی انّ الاولی ابتناء المسأله علی جریان اصاله الصحّه فیقدّم عدم التأخّر علی الجریان و التّأخر علی عـدمه لاصاله بقاء العقـد لا جعل الاصـلین مبنی للوجهین فی عرض واحـد کما هو ظاهر المتن فانّ علی تقدیر جریان اصاله الصحّه تکون حاکمه علی اصاله بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فی أوّل الزّمان و لا معارضه بینهما ثمّ انّ الشّهید الثّانی ره ذکر فرعـا فی باب البیع و هو انّ المتبایعین فی بیع الصّـرف لو اختلفا فی القبض بعـد اتّفاقهما علی وقوع اصل عقـد البیع قـدّم قول من یدّعی الفساد و لو اختلفا فی حصول القبض قبل التفرّق او بعده بعد اتّفاقهما علی حصوله فی الجمله فالقول قول مدّعی الصحّه و علّـل الاوّل بمعـارضه اصاله الصـحّه باستصـحاب عـدم القبض فیرجع الی اصل ثالث و هو الفساد و قـد کانت الصـحّه مشـروطه بـالقبض و الثّانی بـانّه اذا تعـارض اصـاله تـأخّر القبض عن التفرّق مع اصـاله تـاخّر التفرّق عن القبض و تساقطا لکون الشکّ فی الحادث یبقی استصـحاب بقاء صـحّه الاجزاء و الشّـرائط السّابقه ای تاهّلها للصـحّه سـلیما عن المعارض و مقتضاه تقدیم قول من یدّعی الصـحّه و اعترض علیه المحقّق القمیّ طاب ثراه فی جامع الشّتات بعدم تعقّل الفرق بین المسألتین لاتّحاد المناط فیهما فان قام دلیل علی الصـحّه فهو قائم فیهما و الّا فکـذلک و انت خبیر بما فی کلّ من الکلامین امّا فی کلام الشّـهید فبانّه لا جدوی فی استصـحاب صـحّه الاجزاء و الشّـروط المتقدّمه لاثبات صحّه الاجزاء و الشّروط اللّاحقه فانّ هذا الاستصحاب هو بعینه استصحاب الصـحّه الّتی تمسّک به المشـهور فی باب الصّـلاه و قد افاد شـیخنا المرتضـی ره فی الرّساله بطلان الاستناد إلیها فی مسئله اصاله البراءه عند الشّک فی الشّرائط و الاجزاء نعم نفس المدّعی حقّ حیث لا یجری هذه القاعده فی المسأله

الاولى لعدم العلم بحصول القبض و اصاله عدمه فلا فعل حتّى يحمل على الصحّه و ما يحمل على الصحّه لا دخل له بالصحّه من حيث الشّرط اللّاحق بخلاف الثّانيه حيث انّ القبض فيها معلوم التحقّق فيجب البناء على كونه قبل التفرّق لوجوب حمله على الصحّه بعد العلم بتحقّقه و امّا الاعتراض فلوضوح الفرق بين المسألتين امّا على المختار فلما اشرنا إليه من عدم جريان القاعده فى المسأله الاولى لعدم العلم بتحقّق الفعل و جريانها فى الثّانيه و امّا على مختار الشّهيد فلانّ اصاله الصحّه فى المسأله الاولى معارضه باصاله عدم القبض و الثّانيه مزيله للاولى بخلاف الثّانيه لسلامه اصاله الصحّه عن المعارض بعد تعارض الحادثين و تساقطهما ثمّ لو اغمضنا عن اصاله حمل الفسخ على الصحّه فى اصل المسأله كان اللّازم هو الرّجوع الى اصاله بقاء الخيار الى زمان الفسخ و يكفى فى صحّه الفسخ وقوعه فى زمان احرز فيه بقاء الخيار بالعلم او بالاصل اذ لا يعتبر فى الفسخ الّا وقوعه فى زمان الخيار و الفسخ محرز بالوجدان و بقاء الخيار بالاصل و لا يعارضه اصاله بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أوّل الزّمان فانّهما لاثبات وقوع الفسخ بعده من المثبت و بنفسهما لا اثر شرعىّ لهما و هذا بخلاف اصاله بقاء الخيار فانّ اللّازم فيه احراز كون الفسخ فى زمان بقاء الخيار و قد علم احراز الجزءين بالوجدان و الاصل و لا يلزم احراز وقوع الفسخ قبل انقضاء الخيار حتّى يكون اصاله بقاء الخيار لاثباته من المثبت

قوله الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتّفاق على زمان الفسخ

و الاقوى أيضا جريان حمل فعل المسلم و هو الفسخ على الصحّه و لو انعكس الامر فكذلك

قوله و هذه المسأله نظير ما لو ادّعى الزّوج الرّجوع فى عدّه المطلّقه

يعنى هذه المسأله فى كلا فرضيه نظير تلك المسأله لا فى خصوص الفرض الثّانى و على اىّ حال فقد يفرض دعوى الرّجوع فى عدّه المطلّقه فى مجهولى التّاريخ و قد يفرض فيما كان احدهما معلوما امّا الاوّل فالاقوى تقديم قول الزّوج لاصاله الصحّه فى الرّجوع و اصاله بقاء العدّه الى زمان الرّجوع و لا يعارض باصاله عدم تقدّم الرّجوع على انقضائها لما مرّ الاشاره إليه من انّ المعتبر فى الرّجوع هو وقوعه فى زمان العدّه و يحرز بقائها بالاصل و امّا اصاله عدم الرّجوع فى زمان العدّه فليس لها اثر بنفسها و اجرائها لاثبات كون الرّجوع واقعا بعد زمان العدّه من المثبت و قد يؤيّد بانّ الرّجوع فى زمن العدّه و عدمه واقعا ممّا لا يعلم الّا من قبل الزّوج لانّه فعله و هو اعرف بفعله و هذا كما يقال فيما لو اختلفا فى

وقت الطّلاق بانّه يقدّم قول الزّوج مط لانّ الطّلاق من فعله و بانّ صحّه الرّجوع موافقه لاستصحاب بقاء احكام الزّوجيّه من وجوب النّفقه و التّوارث و عدم جواز نكاح اختها و الخامسه و نحوها من الاحكام المترتّبه على العدّه الرجعيّه و يمكن منع الاوّل بامكان اطّلاع النّاس بالاشهاد عليه و الثّانى بانّ الطّلاق احدث البينونه و الرّجوع امر حادث رافع لها و استصحاب بقاء احكام الزوجيّه لا يفيد وقوع الرّجوع فى العدّه

فان قلت انّ اصاله الصحّه و غيرها محكومه بما هو اقوى منها و هو ما دلّ على انّ الشّارع جعل امر الزّوجه فى الحيض و العدّه إليها فقد روى فى مجمع البيان عن الصّادق (ع) فى تفسير الآيه (وَ لا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ ما خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحامِهِنَّ انّه (ع) قال فوّض اللّه الى النّساء ثلاثه اشياء الحيض و الطّهر و الحمل و روى الشّيخ فى الصّحيح عن زراره عنه (ع) قال العدّه و الحيض الى النّساء و الكلينى فى الحسن لابراهيم بن هاشم عن زراره عنه (ع) قال العدّه و الحيض للنّساء اذا ادّعت صدّقت و لذا فصّل صاحب الجواهر ره بين ما لو كان الاختلاف فى اصل وقوع الرّجوع فلا يصدّقن و ما لو كان فى زمان الرّجوع و انّه وقع قبل انقضاء العدّه او بعده فيصدّقن فى جميع الصّور قال بعد جمله من الكلام و دعوى انّ تقدّم انقضاء العدّه على الرّجوع من احوال العدّه الّتى لم يجعل إليها و انّما الّذى جعل إليها نفس العدّه انقضاء او بقاء لا تقدّمه على الرّجوع و نحوه يدفعها اطلاق النّصوص المتضمّنه لكون العدّه إليها الّذى منه قولها قد انقضت العدّه قبل زمان رجوعك من غير فرق بين الاتّفاق على تعيين يوم انقضاء العدّه و اختلافهما فى يوم الرّجوع بان قالت قد انقضت عدّتى يوم الجمعه و صدّقها على ذلك و لكن قال هو رجوعى يوم الخميس و قالت هى مثلا يوم السّبت فانّ القول قولها و كذا لو اتّفقا على وقت الرّجعه يوم الجمعه و قالت هى انقضت عدّتى يوم الخميس و قال الزّوج قد انقضت يوم السّبت فانّ القول قولها فى العدّه المجعول امرها إليها و بين عدم الاتّفاق على يوم الرّجوع او الانقضاء بل هى تقول قد انقضت عدّتى قبل رجوعك و هو يقول قد وقع رجوعى قبل انقضاء عدّتك و لو انّ اعترافها بالرّجعه يقتضى الحكم بها عليها لاصاله الصحّه لاقتضى فيما لو قال رجعت منشأ فقالت هى قد انقضت عدّتى ضروره كون الاصل الصحّه أيضا و الاعتراف هنا لا مدخليّه له لكون الفعل من جانب واحد بل نظيره قول المطلّق هى طالق و الامرأه تقول أنا حائض و ليس هو كقول المشترى بعتنى و انت غير بالغ لكون البيع مشترك الوقوع من الجانبين فقوله مناف لفعله نحو قول البائع بعتك و أنا صبىّ

و حينئذ فاصاله الصحّه بعد فرض كون الفعل من جانب واحد لا يقتضى الحكم به على اخر مضافا الى ثبوت الفساد القبول قولها فى تقدّم الانقضاء المقتضى له بل الظّاهر كون الحكم كذلك حتّى لو كانت العدّه بالاشهر و الفرض انّ النّزاع قد وقع بعد انقضائها فى حصول الرّجعه فى اثنائها او خارج عنها فانّه لا يحكم بكونها فيها بمجرّد قول الزّوج و عدم الحكم بذلك كاف فى عدم استحقاقه الزّوجيّه على الامرأه الثّابت بينونتها منه بالطّلاق المتوقّف فسخه على الرّجوع فى العدّه و لم يثبت و بذلك يظهر لك النّظر فى كثير من الكلمات المسطوره فى المقام ضروره انّك قد عرفت عدم قبول قول الزّوج فى حال من الاحوال من غير فرق بين اعترافها باصل الرّجعه و عدمه و اتّفاقهما على تعيين زمانها و اختلافهما فى زمن الانقضاء او بالعكس و بين اطلاقهما الدّعوى من كلّ منهما بل ان لم نقل بقبول قولها فى الأخير كان كلّ منهما مدّعيا منكرا فيتحالفان فلا تتحقّق رجعه أيضا الّا مع فرض النّكول و اصل الصحّه لا يحكم به على الاخر بعد فرض كون الفعل من جانب واحد مع انّه معارض بإطلاق ما دلّ على قبول قولها انتهى

قلت يرد عليه أوّلا انّ ظاهر النّصوص المذكوره هو انّ دعواها فى الانقضاء و عدمه مسموعه لا دعواها تقدّم الانقضاء على الرّجوع بل يمكن دعوى ورودها فى غير مقام التّهمه و الاختلاف و يؤيّده ما رواه الشّيخ عن السّكونى بسند قوىّ و الصّدوق مرسلا عن علىّ (ع) قال فى امرأه ادّعت انّها حاضت ثلث حيض فى شهر واحد قال كلّفوا نسوه من بطائنها انّ حيضها كان فيما مضى على ما ادّعت فان شهدن صدّقت و الّا فهى كاذبه و حملها الشّيخ على التّهمه لاتّفاقهم فى الحيض على انّها يقبل قولها بلا يمين ان لم ينازعه احد و مع اليمين اذا وجد المنازع و الشّهيد فى اللّمعه قرّب عدم قبول غير المعتاد الّا بشهاده اربع من النّساء المطّلعات على باطن امرها و اسنده الى ظاهر الرّوايات و الظّاهر انّه اراد منها الرّوايه المذكوره و قال المحقّق القمىّ فى السّؤال و الجواب و لا يبعد العمل على الرّوايه لقوّه سندها و عدم تبادر التّهمه و ثانيا لو سلّمنا عدم ظهورها فى ذلك فلا نسلّم ثبوت الاطلاق فيها و كيف يتمسّك بالإطلاق مع وجود القدر المتيقّن فى حال التّخاطب و هو ما ذكرنا و من العجب انّه يظهر من كلام صاحب الجواهر عدم ثبوت الاطلاق لها حيث ذهب الى عدم شمول قاعده وجوب تصديقهنّ فى مسئله ما لو اتّفقا على وقوع الطّلاق و الوضع و اختلفا فى السّابق منهما فقال احدهما السّابق هو الطّلاق

فبالوضع حصل الخروج عن العدّه و قال الاخر السّابق هو الوضع فلا بدّ من العدّه للطّلاق الواقع بعده مع انّ مقتضى ثبوت الاطلاق فى وجوب تصديقهنّ فى العدّه نفيا و اثباتا كما يدّعيه فى المقام هو تقديم قولها فى المسأله المشار إليها سواء علم تاريخ احدهما او جهل التّاريخان ثمّ انّه يجاب عن قوله و لو انّ اعترافها بالرّجعه يقتضى الحكم بها عليها لاصاله الصحّه لاقتضى الخ بانّه كذلك لو كان الزّوج متّهما لها فى قولها و عن قوله و الاعتراف هنا لا مدخليّه له لكون الفعل من جانب واحد الخ بانّه ليس ذكر الاعتراف لاجل خصوصيّه فيه بل للاشاره الى انّ الاختلاف ليس فى الرّجعه او انقضاء العدّه بل انّما هو فى التقدّم و التأخّر و عن قوله بانّ اصاله الصحّه بعد فرض كون الفعل من جانب واحد لا يقتضى الحكم به على الاخر بما تقدّم فى مسئله اصاله صحّه الفسخ فى الامر الرّابع من الامور الّتى يتخيّل منعها عن جريانها فيه من انّ اصاله الصحّه يقتضى كون الفعل الموجود هو الفرد الصّحيح من الفعل من حيث هو صحيح فهى معيّنه ظاهريّه للموضوع و ليس الغرض فى المقام هو الحكم على الزّوجه بمجرّد حمل الرّجوع على الصحّه بل الغرض تقديم قول الزّوج فى مقام الدّعوى لمطابقه قوله للاصل و من الواضح انّ الحمل على الصحّه يختلف بحسب المقامات فاذا كان الفعل ممّا لا يستلزم ابطال حقّ الغير كما اذا ادّعى انّه صام او صلّى صحيحا قدّم قوله من غير يمين و كذا لو ادّعى الزّوج الرّجوع و لم تخالفه الزّوجه و اذا خالفته الزّوجه بان انكرته و كذّبته فتاره يقع الكلام فى نفوذ الاقرار على نفسه و عدمه و تاره فى تقديم قوله فى الدّعوى على الزّوجه المنكره امّا نفوذ الاقرار على نفسه فلا ريب فى سماعه و نفوذه للادلّه الدّالّه على نفوذ اقرار العقلاء على انفسهم و دعواه يتضمّن الاقرار على نفسه فى مثل النّفقه و غيرها و امّا تقديم قوله فى الدّعوى بالنّسبه الى الزّوجه فهو تعيين كونه المنكر لا الحكم على الزّوجه بمطابقه قوله للاصل و من هنا يعلم انّ ما افاده اخيرا بقوله بل ان لم نقل بقبول قولها فى الاخير كان كلّ منهما مدّعيا منكرا فيتحالفان الى اخر ما ذكره غير مسموع عنه فانّ على فرض عدم قبول قولها لا مانع من جريان اصاله الصحّه و امّا الثّانى فالاقوى أيضا انّه لو علم زمان الانقضاء و جهل زمان الرّجوع قدّم قول الزّوج لاصاله الصحّه فى الرّجوع و عدم جريان وجوب تصديقهنّ فى هذه الصّوره بمكان من الوضوح و لو انعكس الامر فكذلك لاصاله الصحّه و اصاله بقاء العدّه الى زمان الرّجوع ثمّ انّ ما ذهبنا إليه هو مختار جماعه منهم الشّيخ و المحقّق و العلّامه ره فانّهم فصّلوا بين ما سبق دعواها الانقضاء

و ما سبق دعواه بالرّجوع فلو ادّعت الانقضاء ثمّ ادّعى هو الرّجوع يقدّم قولها و لو ادّعى الرّجوع ثمّ ادّعت الانقضاء يقدّم قوله حملا لرجوعه على الصحّه و هذا عنوان كلام الشّيخ و امّا عنوان المحقّق و العلّامه انّه لو راجعها فادّعت انقضاء العدّه قبل الرّجعه فالقول قول الزّوج اذ الاصل صحّه الرّجعه و ظاهره صوره الرّجوع فعلا- و ادّعائها بعد انقضاء العدّه لا- ما اذا علم الرّجوع و الانقضاء و لم يعلم تقدّم ايّهما فيفصّل بين سبق دعواه او دعواها

قوله (ان احتمل فى حقّه الجهل للاصل)

اى اصاله عدم علمه و ينبغى التّنبيه على امور الاوّل انّ التّفصيل امّا مبنىّ على تقديم الظّاهر على الاصل فى تشخيص المدّعى و المنكر و على هذا البناء فالتّفصيل يجرى فى خصوص الجهل بصدقه و كذبه و مثله الحال فى الرّجوع الى الاصل و امّا مبنىّ على انّ فى صوره دعوى الجهل بالخيار فهو من حيث تقصيره فى معرفه حكم الخيار و الفرض انّه نشأ فى بلاد يعرفون الاحكام يصدق عليه الاقدام على شراء المعيب بخلاف الصّوره الثّانيه و على هذا البناء فالتّفصيل يجرى حتّى مع العلم بصدقه فى كونه جاهلا الثّانى انّ ما افاده المصنّف من سماع قول المشترى ان احتمل فى حقّه الجهل هو الصّواب و لا وجه للتّفصيل لعدم الدّليل على حجيّه هذا الظّهور و عدم صدق الاقدام بمجرّد التّقصير الثّالث انّ سماع دعوى المشترى و عدمه سواء ادّعى الجهل باصل الخيار او ادّعى الجهل بفوريّته انّما هو مبنىّ على فوريّه الخيار لوضوح انّ بناء على عدم الفوريّه لا مانع من اعماله لخياره بعد علمه فلا تغفل

[الكلام فى بعض أفراد العيب]

قوله (و لا يشترط اباقه عند المشترى قطعا)

اى لا يشترط ذلك فى كون الإباق عند البائع موجبا للخيار

قوله (و من هنا استشكل المحقّق الاردبيلى)

هذا سهو من قلمه طاب ثراه فانّه لم يستشكل فى الجذام و انّما استشكل فى القرن و البرص نعم استشكل الشّهيد فى الجذام فى لك بالانعتاق على المشترى بمجرّد حدوثه فلا يبقى للردّ مجال ثمّ اجاب بما نقله المصنّف بقوله و وجّهه فى المسالك الخ

قوله (انعتاقها على المشترى بمجرّد حدوث الجذام)

فى خبر السّكونى قال رسول اللّه (ص) اذا عمى المملوک فلا رقّ عليه و العبد اذا اجذم فلا رقّ عليه

قوله (و فيه أوّلا انّ ظاهر هذه الاخبار انّ سبب الخيار الخ)

كما انّ الخبر الدالّ على الانعتاق عند حدوث الجذام أيضا ظاهر فيه عند ظهور الجذام و التّفكيک بين الدّليلين بحمل اخبار

الخيار على وجود مادّته فى نفس الامر لا وجه له و يمكن دفع هذا الاشكال عن الشّهيد بانّه لو سلّم ظهور ادلّه

الخيار فی ثبوته عند ظهور الجذام فهو من باب الکاشفيّه حيث انّه يکشف عن سبق سبب الخيار و هو العيب و وجود المادّه عند البائع و لعلّه المعنیّ بقوله (ع) فحدث فيه هذه الخصال و تکون الاخبار علی طبق قاعده خيار العيب و ليس فيها دلاله علی انّ ظهور الجذام موجب للخيار علی نحو السببيّه و يکون حکما تعبّديّا و ان شئت قلت انّ العيب سبب للخيار و وجود المادّه عند البائع عيب و لا بدّ من حمل حدوث الجذام علی کونه کاشفا و صرف ظهوره الی ذلک لا انّ الظّهور هو السّبب هذا مضافا الی لزوم هذا الحمل جمعا بين الادلّه

قوله (و لو لا ذلک لکفی وجود موادّها فی السنه)

و يدفع هذا الاشکال بانّ المدّعی کون وجود المادّه حال العقد عند البائع عيب موجب للخيار لا وجودها فی السّنه و لو عند المشتری و الاخبار تدلّ علی انّ ظهور هذه الامراض تکشف عن سبق المادّه فی مدّه السّنه و بناء علی ذلک فظهور هذه الامراض قبل انقضاء السنه من حال العقد يکشف عن وجودها حال العقد عند البائع و امّا ظهورها بعد السنه فلا يکشف عن وجود المادّه حين العقد فلا وجه للخيار و ان کان کاشفا عن وجودها قبل انقضاء السنه الی حال الظّهور

قوله مع انّه لو کان الموجب للخيار هی موادّ هذه الامراض)

و يدفع هذا أيضا بانّه لو سلّم کون مثل هذه الزّياده الّتی کان سببها موجودا حين العقد يعدّ زياده فی العيب فلا بأس بخروج هذه العيوب عن عموم ما دلّ علی انّ العيب الحادث يمنع عن الردّ تخصيصا بهذه الاخبار فانّها اخصّ من تلک العمومات

قوله (و ثانيا انّ سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق)

و يمکن دفعه بانّ تنزيل السّبب الشرعیّ بمنزله العقلی مسلّم لا اشکال فيه الّا انّ الکلام فی شمول الدّليل الدالّ علی کون الجذام سببا للانعتاق للمقام فانّه منصرف الی الملک المستقرّ و مع سبق سبب الخيار يکون من الملک المتزلزل فلا يشمله ذلک الدّليل و لکنّ ما يبعّد توجيه المسالک هو انّ ظهور العيب فی السنه لا يکشف عن وجود المادّه فی يد البائع لفقد ما يدلّ عليه نعم يحکی ذلک عن بعض الاطبّاء و لا اعتبار به و مجرّد کون ما ذکره جمعا بين الاخبار لا يوجب المصير إليه بعد امکان الجمع بنحو اخر و جمع فی الحدائق بعد ما نقل التّوجيه المتقدّم عن المسالک بانّ الانعتاق بالجذام و نحوه انّما هو فی الملک المستقرّ الّذی لا يتعقّبه خيار و لا فسخ و ما نحن فيه ليس کذلک فانّه مراعی بمضیّ السنه سالما من العيوب المذکوره اذ مع ظهورها فی هذه المدّه فله ردّه فهو غير مستقرّ و ملخّص البحث انّ هذه

الرّوايات مع كثرتها و صحّه بعضها صريحه فى الردّ بهذه العيوب الّتى من جملتها الجذام و قد اتّفقت على الردّ به على انّ ما ذكروه من الخيار فى الصّوره المذكوره سيأتى إن شاء اللّه تعالى ما فيه و ما روى فى الانعتاق بالجذام انّما هو روايه السّكونى و ان كان ظاهرهم الاتّفاق على القول بها و هى تضعف عن معارضه هذه الاخبار و لو ثبتت المعارضه و المنافاه فالواجب العمل بهذه الاخبار و حمل روايه السّكونى على استقرار الملك و بذلك يظهر ما فى قوله اى قول صاحب المسالك تفريعا على ما قدّمه فان فسخ عتق على البائع بعده و اين هذا التّفصيل من ظاهر الاخبار المذكوره و هى انّما تضمّنت الردّ بظهور احد هذه العيوب خاصّه انتهى و فى الجواهر توجيهان آخران احدهما ان يكون الردّ من باب الانفساخ للانعتاق على البائع و للمشترى الرّجوع على البائع بالثّمن من دون حاجه الى الفسخ لانّه قد تلف بعيب مضمون على البائع فهو كالعمى فى الثّلاثه فيكون المراد بالردّ فى نصوص المقام الاعمّ منه و من الردّ بالخيار الثّانى ان يكون منعتقا على البائع لكنّه لا يكون انفساخا بل يكون للمشترى ح الخيار بين فسخ العقد و الرّجوع بالثّمن و الامضاء و المطالبه بالارش و يجب ح عدم ملاحظه الحرّيه فيقوّم عبدا صحيحا و عبدا مجذوما اذ على تقدير ملاحظتها لا تكون له قيمه و لا جهه ح للارش بل المعيّن هو الانفساخ كما فى كلّ عيب موجب لذهاب الماليّه و ما ذكره ممنوع من جهات الاولى انّه خلاف ظاهر الاخبار لظهورها فى الردّ بالفسخ لا بالانفساخ الثّانيه انّ جعل الردّ فيها بمعنى الفسخ فى غير الجذام و بمعنى الانفساخ فيه يحتاج الى جامع يكون اللّفظ ظاهرا فيه من دون تكلّف الثّالثه انّه لا وجه للحكم فى المقام بالانفساخ من حيث انّه تلف بعيب مضمون على البائع لانّ المقام ليس من التّلف فى زمان الخيار فانّ الخيار و التّلف حدثا فى زمان واحد بسبب واحد و ليس الانفساخ فى التّلف فى زمان الخيار الّا فيما كان الخيار ثابتا قبل التّلف كما فى مثال العمى فى الثّلاثه حتّى يكون التّلف تلفا فى زمان الخيار و الانصاف انّ ما افاده المصنّف ره فى غايه المتانه امّا دفع المعارضه بين الرّوايه الاخيره و هى صحيحه محمّد بن علىّ الّتى لم يذكر فيها الجذام و سائر الرّوايات فاقرب الاحتمالات المتطرّقه ان يقال بوجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى فى معارضه و هو هنا احتمال سهو الرّاوى فى ترك ذكر الجذام مضافا الى منع كون الرّوايات فى مقام الضّبط و التّحديد و امّا دفع المعارضه بين هذه الرّوايات الكثيره الدالّه على الردّ على البائع و روايه السّكونى الدالّه على الانعتاق

بمجرّد حدوث الجذام فهو بالعمل بالاخبار الكثيره الدالّه على الردّ المعتضده بالشّهره امّا تخصيصا فى موردها فانّ موردها اخصّ مط من خبر السّكونى الدالّ على الانعتاق القهرىّ بمجرّد الحدوث و امّا تخصّصا كما اشار إليه فى الحدائق أيضا بدعوى انّ الردّ بالخيار و عدم الانعتاق من جهه تزلزل الملك و يكشف هذه الاخبار عن كون الانعتاق انّما هو فى الملك المستقرّ و على هذا فلا خصوصيّه للمورد بل يخرج عن عموم دليل الانعتاق كلّ ملك متزلزل سواء كان بسبب الخيار أم غيره و كان سبب الخيار احداث السنه أم غيرها و كان سبب الانعتاق هو الجذام أم غيره و لكنّ الخروج تخصّصا بالدّعوى المذكوره يحتاج الى قرينه فى خبر الانعتاق تكون دالّه عليه و هى مفقوده فالاوجه هو الاقتصار على مورد الرّوايات و الحكم بالتّخصيص فيه

[القول فى الأرش]

اشاره

قوله (و منها نقص القيمه لجنايه الإنسان الخ)

و من هذا القسم ما يؤخذ من الغاصب عند حدوث عيب فى المغصوب و ما يأخذه البائع حيث يفسخ بخياره و قد تعيّب المبيع عند المشترى عيبا مضمونا و هو تفاوت ما بين القيمتين لا من الثّمن بالنّسبه

قوله (نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضّمان الخ)

لا يخفى انّه لو قلنا بانّ الارش غرامه شرعيّه فلا اشكال فى عدم تأتّى الخلاف فى انّ الضّمان ح بعين بعض الثّمن او بمقداره لوضوح انّه لو كان عباره عنها فهو حكم شرعىّ و كلّى تعلّق بالذمّه و ليس المراد ح من ردّ جزء من الثّمن الّا الردّ باعتبار النّوع و لو قلنا بانّ الارش عباره عن نفس التّفاوت بين قيمه الصّحيح و المعيب زاد عن الثّمن او نقص او ساواه او قلنا بانّه عباره عن مقدار من الثّمن نسبته إليه كنسبه التّفاوت بين الصّحيح و المعيب كان محلّا للنّزاع المذكور لوضوح انّ الثّمن قد يكون كليّا و قد يكون شخصيّا و وجه كون الضّمان بمقدار جزء من الثّمن اقوى من الاوّل امور الاوّل ما تقدّم من انّ الحقّ كون الارش غرامه فيكون حاله حال سائر الضّمانات الثّانى انّ الغالب فى الاثمان كونها كليّه و من الواضح عدم كون المراد من الثّمن فى النّصوص و الفتاوى هو خصوص ما كان جزئيّا معيّنا بحيث يكون واردا لبيان حكم خصوص الفرد النّادر فلو سلّم ظهور بعض النّصوص فى ردّ جزء من عين الثّمن و دار الامر بين الأخذ بظهوره او التصرّف فيه بإراده ردّ جزء من نوع الثّمن تعيّن الثّانى للزوم الاخذ بالأوّل الحمل على الفرد النّادر الثّالث اطلاق قوله (ع) فى روايتى حمّاد و عبد الملك انّ له ارش العيب الرّابع الاصول المشار إليها فى المتن و بالجمله لو اخذ بظاهر بعض الالفاظ لزم حمل النّصوص على بيان حكم الفرد النّادر و

نعلم انّ الغرض بيان تعلّق الارش فى الكلّى أيضا فالمتعيّن ان يكون المراد من جزء الثّمن فى تعريف الارش هو مقداره من نوع الثّمن و القول بانّ الكلّى بعد القبض فى حكم الجزئى كما ترى لانّ الحكم ليس مخصوصا بما بعد القبض و الّا لزم التّفصيل

قوله (ثمّ على المختار من عدم تعيّنه من عين الثّمن فالظّاهر الخ)

لو قلنا بلزوم كون الارش من عين الثّمن فلا اشكال فى انّ المردود جزء من الثّمن كائنا ما كان و امّا على المشهور و هو مختار المصنّف من انّ ضمان الارش فى المقام شرعىّ تعبّدى و كان المضمون به هو التّفاوت بين الصّحيح و المعيب بحسب القيمه فهل الاصل يقتضى دفعه من النّقدين أم لا يتعيّن ذلك و الظّاهر كما افاده فى المتن الاوّل لانّ الأصل فى ضمان القيميّات هو النّقدان و الظّاهر انّ المراد منهما هو النّقد الغالب و لو كان من غير جنس الدّرهم و الدّينار من الاثمان المتعارفه فى السّوق و كون الاصل فى التّقويمات هو النّقدان من جهه انّ قيمه كلّ شى ء انّما يستعلم بهما و كلّ مال يقدّر ماليّته بالقياس إليهما فكلّ ما كان يقابله مقدار معتدّ به منهما يعدّ ماليّته اكثر من ماليّه ما هو دونه و لو فرض احيانا تقويم شى ء بغيرهما كما اذا قيل هذا الكتاب يساوى ذلك الثّوب فليس ذلك الّا بملاحظه كلّ من الكتاب و الثّوب معهما و مقايستهما بهما و جعلهما الواسطه فى تشخيص قيمتهما و هذا واضح بالضّروره عند من لاحظ طريقه العرف و اذا كان حالهما فى مقام التّقويم كذلك فلا مناص عن حمل كلّ مورد على هذا الاصل لاصالتهما و لانصراف لفظ القيمه إليهما بل لعلّ اطلاق لفظ القيمه على غيرهما لا يخلو عن تجوّز بل المستفاد من طريقه الشّارع أيضا فى كافّه المقامات الّتى يحكم فيها بالقيمه هو التّقويم بهما فلا جرم يتعيّن التّفاوت بالقيمه فى الارش كغيره من مقامات اعتبار القيمه بهما ابتداء و ان لم يرد فيه بلفظ القيمه روايه و بالجمله لا يمكن الخروج عن العهده الّا بملاحظتهما فانّ الخروج عن العهده و تدارك المضمون لا يكون الّا بالمثل او القيمه و دفع النّقدين دفع للقيمه و لا يكون فى دفع غيرهما وفاء للذمّه الّا اذا تراضيا عليه وفاء بملاحظه قيمته او جعلاه بدلا عن النّقدين من حيث الماليّه بعنوان المعاوضه هذا كلّه مضافا الى انّ الاصل عدم براءه الذمّه الّا بما هو مبرأ قطعا و البراءه بغير النّقدين مشكوك الّا ان يرضى صاحب الحقّ بخلافهما ثمّ اعلم انّ فى بيع الصّرف لو وجد عيب فى احد العوضين المتوافقين فلا ارش للزوم الرّبا بناء على تحقّقه فى ذلك و لو تخالفا كان له الارش فى المجلس قطعا لوجود المقتضى

و عدم المانع و مع مفارقته فالمحكيّ عن ظاهر الشّهيدين فى الرّوض و اللّمعه سقوط الارش و عدم جواز اخذه لا من النّقدين و لا من غيرهما حيث قال بعد منع اخذه منهما و قيل يجوز من غيرهما مشعرا بتمريضه و عن جامع المقاصد جواز اخذه مط و لعلّ القول الاوّل مبنيّ على انّ الارش جزء من احد العوضين فيكون من الصّرف و قد فرض الافتراق و الثّانى مبنيّ على ما هو الصّواب فى المسأله من انّه غرامه شرعيّه خارجه عن اصل البيع و عن الفاضل فى عد و ير و الشّهيدين فى س و لك جوازه من غير النّقدين دونهما امّا عدم الجواز منهما فلما مرّ الاشاره إليه من انّه يكون من الصّرف و قد فرض الافتراق و امّا الجواز من غيرهما فعن بعض الاستدلال له بانّ جمله العقد بيع و صرف اى بيع غير صرف و بيع صرف فانّ الصّرف الواقع و هو المعاوضه الواقعه بين الصّحيح و المعيب من النّقدين أوّلا يتضمّن بيعا آخر غير صرف و هو المبادله بين الارش الّذى يستحقّه المشترى من النقدين و ما يأخذه من غيرهما فالقبض فى المجلس الّذى هو شرط فى الصّرف قد حصل بقبض المعيب و قبض غير الجنس بعد التفرّق قبض لما يكون بدلا و عوضا عن الارش لا انّه قبض للارش و هنا وجه آخر اشار إليه المصنّف ره و هو كون الدّفع من باب الوفاء لا المعاوضه فانّ ارش المعيب ليس مالا فى الذمّه و انّما الثّابت هو حقّ لو اعمله جاز له مطالبه المال و اختيار غير النّقدين و التّراضى عليه سبب لعدم ثبوت النّقدين ابتداء و يكون المختار نفس الارش و لم يتعيّن النّقدان حينئذ للارشيّه و اختيار النّقدين ابتداء فى غير المقام جائز من دون حاجه الى التّراضى لانّه الاصل فى الغرامات و لا يجوز اختيارهما فى المقام لانّ الأرش خصوصا اذا كان منهما ملحق بالجزء و ان لم يكن منه حقيقه فيلزم حصول الصّرف قبل القبض و على اىّ حال فلا اشكال فى انّ الاحوط عدم الدّفع منهما فى الصّرف بعد التفرّق و ان قلنا انّ الارش غرامه و وجهه واضح

قوله (و يمكن دفع هذا الاشكال)

قال بعض الاعاظم فى حاشيته الظّاهر انّه رجوع عمّا ذكره أوّلا من تعيّن كونه من النّقدين اذ مقتضى ذلك انّه لو دفع من غيره لا يكون نفس الأرش و لو مع التّراضى و مقتضى هذا البيان كونه نفسه على ما صرّح به ه قلت ما ذكره أوّلا من انّ الاصل فى ضمان المضمونات هو النّقدان لا ينافى ما ذكره هنا من انّ المضمون بالنّقدين هى الاموال المتعيّنه المستقرّه فانّ فى الاموال المتعيّنه المستقرّه كالقيميّ من العين التّالفه او المثلىّ المتعذّر مثله لا ضمان الّا بالنّقدين و لا يجوز دفع الغير الّا بالمعاوضه و امّا الارش فحيث انّه لم يكن مالا ثابتا فى الذمّه بل هو حكم من الشّارع

بالغرامه اذا اختارها كان الثّابت ح فى الذمّه ما هو اعمّ من النّقدين و لكن يتعيّن فى مقام الدّفع ان يكون منهما مع الامكان و ليس ذلك من حيث ثبوتهما ابتداء فى الذمّه كالاموال المتعيّنه المستقرّه بل لما اشرنا إليه من عدم امكان الخروج عن العهده الّا بملاحظتهما فانّهما الاصل فى القيمه فكون النّقدين هو الاصل فى الارش يكون بمعنى غير ما هو المعنىّ فى كونهما الاصل فى الاموال المستقرّه فلا تغفل

قوله (فانّه اذا اختير غيرهما لم يتعيّن للارشيّه)

الظّاهر انّ الضّمير فى لم يتعيّن راجع الى الغير و يكون علّه لما ذكره من انّ دفع غير النّقدين يتوقّف على رضى ذى الخيار و هذا بخلاف دفع النّقدين فانّه اذا اختاره الدّافع يتعيّن و لا يتوقّف على رضاه و لكنّ المفروض عدم جواز اختياره فى المقام

قوله (قال فى القواعد

اعلم انّ عباره القواعد يحتمل وجوها الاوّل ما هو ظاهر كلامه و الاشكال مبنىّ عليه الثّانى ان يكون التّعبير بقوله فالارش ثمنه كنايه عن فساد البيع لا- الارش الاصطلاحىّ المترتّب على صحّه البيع و يكون الغرض انّه يبطل البيع و يرجع المشترى الى ثمنه الثّالث ان يكون قول العلّامه فان استوعبت الجنايه القيمه فالارش ثمنه أيضا من احكام المجنّى عليه مع المشترى و يكون المراد من الأرش هو الديه الّتى يأخذه المجنّى عليه من المشترى فى صوره الاجازه لا اخذ النّسبه بين الصّحيح و المعيب و المراد من الثّمن هو قيمه العبد لا ثمن المبيع و يكون المعنى انّ المجنّى عليه يرجع الى المشترى باخذ قيمه العبد اذا كانت الجنايه مستوعبه و يؤيّد هذا المعنى انّه ذكر أوّلا حكم المشترى مع البائع حيث قال و يضمن الاقلّ من الارش و القيمه فانّ الجنايه اذا استوعبت القيمه كان الارش اقلّ من القيمه و ذلك لانّ الجنايه و لو عمدا لا يوجب خروج العبد عن الماليّه و غايه الامر هو استحقاق القصاص فارشه هو التّفاوت بين كونه جانيا و عدمه على حسب نسبه من الثّمن هذا مضافا الى انّه بعد الحكم بضمان اقلّ الامرين نفى ضمان البائع بالثّمن مع الاجازه حيث قال الثّمن معها فكيف يحكم عقيبه بانّه ان استوعبت الجنايه القيمه فالارش ثمنه و يريد من الأرش ما يستحقّه المشترى من البائع و من الثّمن ثمن المبيع و بالجمله يكون المراد من هذه الفقره حكم المجنّى عليه مع المشترى لا- المشترى مع البائع فكما انّ المشترى يرجع بالقيمه لا الثّمن فكذلك المجنّى عليه و على المعنيين الاخيرين لا ربط لكلامه بالارش المستوعب الّذى افاد المصنّف امتناعه و يجرى هذه الاحتمالات أيضا فى عباره التّذكره حيث يقول او مع الاستيعاب لانّ ارش مثل هذا جميع ثمنه فانّ مضافا الى ظاهرها و يكون

الاشکال مبتنیا علیه و هو انّ المشتری یرجع الی البائع مع الاستیعاب و عدم الفسخ بتمام الثّمن من باب الارش یمکن فیها الوجهان الآخران فیرید الرّجوع بالثّمن فی صوره الاستیعاب من جهه بطلان البیع او یرید من الارش فی هذه العباره القیمه و الدیه الّتی یأخذه المجنّی علیه من المشتری فی صوره صحّه البیع و الاجازه فیرجع المشتری الی البائع بتمام الثّمن اذا اخذه المجنّی علیه من المشتری لجهله و غروره و الحکم برجوع المشتری الی الثّمن مع انّ المأخوذ منه ح هو القیمه من جهه غلبه المساواه و کذا العباره الواقعه فی التّحریر حیث یقول فان فسخ رجع بالثّمن و کذا ان کانت الجنایه مستوعبه فیمکن ان یکون المراد هو الرّجوع بالثّمن فی صوره الاستیعاب من جهه بطلان البیع و یمکن ان یکون المراد الرّجوع علی البائع بالقیمه المأخوذه من المشتری و امّا العباره الاخری من التّحریر حیث یقول فان فسخ رجع بالثّمن و ان لم یفسخ و استوعبت الجنایه قیمته و انتزعت یرجع المشتری بالثّمن أیضا فهی ظاهره فی الاحتمال الثّالث و یکون المراد انّ المجنیّ علیه اذا رجع الی المشتری و انتزع قیمه العبد منه رجع المشتری الی البائع بالقیمه الّتی اخذت منه

قوله (و علی الثّانی فینبغی بطلان البیع)

قال السیّد الطّباطبائی ره فی الحاشیه یمکن ان یمنع ذلک لانّ المفروض انّ العبد الجانی من حیث هو مال قابل للنّقل و الانتقال غایه الامر انّ ابقائه فی ملک مالکه یحتاج الی اعطاء مقدار قیمته و هذا لا یخرجه عن المالیّه و عن صحّه تعلّق البیع به فکونه جانیا عیب فیه موجب للخیار و ان کانت الجنایه مستوعبه للقیمه فله ان لا یفسخ و یسترجع مقدار الثّمن لانّه التّفاوت بین الصّحیح و المعیب و الحاصل انّ العیب المستغرق للقیمه قد یکون ممّا یخرج المال عن کونه مالا کما اذا زالت الحموضه من الخلّ بحیث صار مثل الماء فانّه ح یخرج عن المالیّه فلو تبیّن کون الخلّ المبیع کذلک یکشف عن بطلان البیع من الاوّل و قد یکون ممّا لا یخرجه عن المالیّه غایه الامر انّه یحتاج الی صرف مقدار قیمته لازاله عیبه کالعبد الجانی فیما نحن فیه فانّه لا مانع من صحّه بیعه و ح فللمشتری ان یمضی البیع و لا یأخذ الارش اصلا و له ان یمضیه و یرجع علی البائع بالارش و لا یلزم ان یکون الرّاجع إلیه عین الثّمن بل مقداره و بالجمله الوجه فی البطلان هو عدم کون المبیع مالا و هو غیر متحقّق فی المقام و المفروض انّ الارش غرامه لا نفس الثّمن فلا مانع من الصحّه و یؤیّده او یدلّ علیه انّه یجوز للمشتری العالم بالحال ان یشتری العبد الکذائی مع انّه ح لا یرجع علی البائع بالارش و لا یقال انّ البیع باطل لمکان وجوب صرف مقدار قیمته فی ابقائه و لعلّ

نظر العلّامه الى ما ذکرنا بل هو الظّاهر انتهى قلت مقصود المصنّف هو تثبيت ما افاده أوّلا من انّه لا يعقل فى العيب المتقدّم على العقد استيعاب الارش للثّمن فانّ مع الاستيعاب يبطل البيع و العبد الجانى يصحّ بيعه لانّ عيب الجنايه فيه لا يستوعب ارشه تمام ثمنه و ما افاده هنا بقوله و کيف کان فالعبد المتعلّق برقبته حقّ للمجنىّ عليه يستوعب قيمته امّا ان يکون له قيمه تبذل بإزائه او لا الخ ليس الغرض منه امکان الفرض الثّانى و عدم بقاء قيمه له حتّى يکون بيعه باطلا فانّ الحکم على تقدير لا يلازم ثبوت ذلک التّقدير فهنا مسئلتان الاولى عدم تعقّل استيعاب الارش للثّمن فى العيب المتقدّم على العقد و قد افاد المصنّف ره فى ذلک ما فيه کفايه للمتأمّل فى مسئله ما اذا تبيّن فساد المبيع بعد ابتياع ما يفسده الاختبار عند التعرّض لکلام صاحب الجواهر و ما ذکره المحشّى فى المقام مأخوذ منه و قد ذکر المصنّف هناک انّ الجمع بين عدم خروج المعيب عن الماليّه و عدم القيمه له ممّا لم يفهم الّا ان يراد من الماليّه الملکيّه فراجع و کون الارش غرامه اجنبىّ عمّا نحن فيه لانّ المقصود بعد الفراغ عن اشتراط کون کلّ من العوضين متموّلا لانّ البيع لغه مبادله مال بمال و المال ما يکون له قيمه اى يبذل بإزائه شى ء هو انّ العيب المتقدّم على العقد اذا استوعب القيمه کان المبيع ح غير متموّل فينبغى بطلان البيع

فان قلت يکفى فى صحّه المعامله ثبوت الملکيّه و ان لم يکن المبيع مالا فانّ البيع تمليک عين بعوض و عليه فحيث انّ المفروض ملکيّه المبيع شرعا حال البيع فلا بأس بامضاء المشترى البيع و اخذ الارش و هو تمام الثّمن

قلت انّ البيع و ان کان تمليکا الّا انّ اشتراط الماليّه فى المتعلّق ممّا لا ريب فيه لوضوح انّ الغرض النّوعى العقلائىّ فى المعاملات سيّما البيع ليس هو نقل الاضافه الملکيّه فقط بل هو التّبديل المتعلّق بالاموال و قال بعض الاعلام فى تعريف المال انّه ما ينتفع به و ببدله و بقيد الانتفاع به يخرج ما ليس بملک کالحشرات و نحوها ممّا لا ينتفع باعيانها و بالقيد الثّانى يخرج ما ليس له قيمه و لا يبذل بإزائه شى ء و متى انتفى احد القيدين انتفى موضوع مال و ما ليس له قيمه و ان کان ينتفع به لکنّه لا ينتفع ببدله فليس بمال و بالجمله اشتراط کون المبيع مالا لا اشکال فيه ثمّ انّ النّسبه بين الملکيّه و الماليّه عموم من وجه فانّه قد يکون الشّى ء مالا و ليس بملک کالکلّى قبل استقراره فى الذمّه و لذا يبذل بإزائه المال و قد يکون ملکا لا ما لا کحبّه الحنطه و لا يصحّ المعامله على ما يکون ملکا فقط و يصحّ على ما يکون ما لا فقط کالکلّى فى الذمّه حيث لا يکون ملکا لانّ الملکيّه من صفات الاجسام الخارجيّه و وجود الکلّى فى الذّهن لا

ينفع فى الاتّصاف بالملكيّه و لا اشكال فى صحّه بيعه الثّانيه صحّه بيع العبد الجانى لانّ الجهات المنافيه لها ترجع امّا الى المالك و امّا الى المبيع و ما يرجع الى المالك امّا من حيث عدم ملكه للعين و امّا من حيث عدم ملكه للتصرّف و انتفائهما فى المقام فى غايه الوضوح لانّ العبد لا يخرج عن ملك مولاه بمجرّد الجنايه و لو عمدا و ملك التصرّف لا يزول الّا باحد موجبات الحجر و ما يرجع الى المبيع امّا من حيث خروجه عن الماليّه او الملكيّه و امّا من حيث تعلّق حقّ مانع عن نفوذ البيع امّا الاوّل فجواز الاسترقاق او القصاص او الديه و استحقاقها ليس الّا جواز اعدام المال لا انّه ابطال للماليّه و امّا الثّانى فمن الواضح انّ مجرّد تعلّق الحقّ غير مانع و المانع هو الحقّ الّذى لا يجامع نفوذ البيع و الحقّ فى المقام يتبع العين ايّاما كان و لا يزول بنفوذ البيع حتّى يبطله فالعبد الجانى لا يخرج عن الماليّه بمعنى انّه ليس له قيمه لانّه يبذل بإزائه شى ء من المال رجاء للعفو او التّفديه بشى ء يسير و حيث عرفت صحّه البيع فى صوره العلم تعرف انّه كل فى صوره الجهل أيضا لبقاء الماليّه و للمشترى الخيار و مقتضى ورود البيع على المعيب بعيب الجنايه الموجبه للقصاص او الاسترقاق ملاحظه حال العقد و نسبه العبد الكذائى مع غيره و ما به التّفاوت فى القيمتين يؤخذ به بالنّسبه الى الثمن و هو الارش و هو لا يوجب استيعاب القيمه و انّما الموجب هو العبد المقتصّ منه او المسترقّ و لو فرض استيعاب العيب للقيمه اى لا يبذل بإزاء العبد ح شى ء ينبغى بطلان البيع لا صحّته مع الرّجوع بالارش فتدبّر ثمّ اعلم انّه لا منافاه بين ما ذكروه من جواز اخذ الارش المستوعب بل الارش الزّائد عن القيمه فى المغصوب كما اذا قطع الغاصب يدى العبد المغصوب و رجليه و مثّل به و ما ذكرناه فى المقام تبعا لعامّه الاعلام و ما هو المختار وفاقا للمشهور فى مسئله ما لو ابتاع ما يفسده الاختبار من دون اختبار اعتمادا على اصاله الصحّه و اصل السّلامه ثمّ تبيّن فساد المبيع بحيث لم يكن لفاسده قيمه كما اذا باع البيض فظهر فاسدا من فساد البيع من اصله خلافا لبعض من ادّعى صحّه البيع و حكم باستحقاق المشترى للارش المستوعب و ذلك لوضوح الفرق و اختلاف الملاك فانّ وجه امتناع الصحّه و استحقاق الارش المستوعب هو وقوع العقد على ما ليس بمال فى الواقع و من المعلوم انّ اشتراط تموّل العوضين فى البيع و نحوه من المعاملات واقعىّ لا علمىّ ففى مسئله البيض الفاسد مثلا ليس شى ء يصلح لتعلّق عقد البيع به و اذا فسد البيع ارتفع ما يتفرّع على العقد الصّحيح من الاحكام الّتى منها استحقاق الارش فيكون عدم استحقاقه من جهه عدم المقتضى له

و هو صحّه العقد لابتناء استحقاقه على صحّته لانّ الثّمن فى البيع بإزاء المال بوصف كونه مالا فاذا انكشف انتفاء القيد انكشف فساد البيع فلا محلّ و لا مقتضى للارش و لا مجرى لهذا الكلام فى مسئله الغصب و لا امتناع فى استحقاق الارش المستوعب فى نفسه و لا مانع فى امكانه و وقوعه بعد قضاء الادلّه فالفارق وجود المقتضى فى الغصب و امثاله و هو التّلف و عدمه فى المسألتين

[مسأله يُعرف الأرش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبه ذلک التفاوت.]

قوله (ثمّ لو تعذّر معرفه القيمه لفقد اهل الخبره)

و الاقوى هو الاخذ بالاقلّ لاصاله براءه ذمّه البائع عمّا زاد على الاقلّ و اصاله عدم استحقاق المشترى ما زاد على ذلک و لا يعارض باستصحاب اشتغال ذمّه البائع لانّ الاشتغال لم يثبت على ازيد من الاقلّ حتّى يستصحب و استصحابه مبنىّ على عدم كون المرجع فى الاقلّ و الاكثر الاستقلاليّين هو البراءه و لا وجه لتوهّم انّ ذمّه البائع قد اشتغلت بالارش يقينا و هو يستدعى اليقين بالبراءه فانّ القدر الّذى يتيقّن الاشتغال به يستدعى اليقين بالبراءه عنه و الفرض انّ الاشتغال بما زاد عن الاقلّ غير معلوم و لا يعارض باستصحاب بقاء حقّ المشترى للشکّ فى سقوطه بالاقلّ لانّ هذا الشکّ مسبّب عن الشّک فى مقدار حقّه و مع جريان الاصل فى السّبب يرتفع الشکّ بالتعبّد و كفايه الظنّ مبنىّ على ان يكون للقيمه واقع خفىّ و انّها من الموضوعات الخفيّه الّتى استقلّ العقل بحجيّه الظنّ فيها من باب دليل الانسداد و هو محلّ منع بناء على الوجه الثّانى و هو ما اخبر به المقوّم عن حدسه و اجتهاده لوضوح انّه لا يخبر عن قيمه واقعيّه مجهوله عن حدسه و نظره بل يخبر عن نظره فهو مجرّد اعتبار لا واقعيّه له اصلا

[مسأله لو تعارض المقوّمون]

قوله (فيحتمل تقديم بيّنه الاقلّ للاصل)

و يردّه انّه ان اريد اصاله عدم زياده القيمه ففيه انّها لا تثبت الاقلّ حيث انّ الشکّ فى ثبوت احدى القيمتين بشرط لا و من الواضح انّ تعيين احد الحادثين بنفى الآخر من المثبت و ان اريد اصاله عدم اشتغال ذمّه البائع بالزّائد و برائتها عنه ففيه انّ هذا الاصل لاثبات الاقلّ له وجه فى غير المقام من الضّمانات المتعلّقه بالصّحيح لاطّراده و امّا فيما نحن فيه فلا فانّ هذا الاصل قد يكون اوفق بالاخذ بالاكثر و هذا كما لو تقوّم صحيحا بخمسين و معيبا تاره بأربعين و اخرى بثلاثين فانّه على الاخذ بالاكثر يشتغل ذمّه البائع بردّ خمس الثّمن و على الاخذ بالاقلّ بردّ خمسيه و الاوّل اوفق بالاصل و قد ينعكس الامر و يكون اصاله البراءه اوفق بالاخذ بالاقلّ و هذا كما لو تقوّم معيبا بخمسين و صحيحا تاره بستّين و اخرى بسبعين فانّه على الأخذ بالاقلّ تشتغل ذمّته بردّ سدس الثّمن و على الاخذ بالاكثر سبعيه و الاوّل هو الاوفق

بالاصل و على هـذا فاصاله البراءه لا يقتضـى الحكم بالاخذ بالاقلّ على وجه الاطلاق و التّفصـيل بالاخذ به فيما وافقها و الرّجوع الى غيرها من القواعـد فى غير ذلك كما ترى و لم يقل به احـد ثمّ لا يخفى عليك انّه قـد يسـتدلّ له بما سيجى ء فى المتن فى الاشـكال الثّانى على وجوب الجمع و قال بعض الاعاظم و يحتمل التّساقط و الرّجوع الى الاصل امّا لكونه مقتضـى القاعـده عند تعـارض الـدّليلين او الامـارتين و امّا لقصور دليل حجيه البيّنه عن شـمول صوره التّعارض و يحتمل ابتناء المسأله على الاقوال فى تقـديم بيّنه الـدّاخل او الخارج فانّ بيّنه الاكثر خارج لانّ قوله مخالف للاصل لكن هذا انّما يتمّ فيما لو كان احدهما يدّعى الاقلّ و يقيم البيّنه و الاـخر الاكثر و يقيم البيّنه على ما ادّعاه و يحتمل الرّجوع الى المرجّحات من الاعـدليّه و الاكثريّه و نحوهما أوّلا و مع فقـدها فاحد الاحتمالات الأخر انتهى اقول الظّاهر عدم الدّليل على اعتبار التّرجيح فى البيّنات و لم نعثر على قائل به على وجه الاطلاق بحيث يشـمل المقام و الاصل عدم التّرجيح بالمزيّه الغير المعتبره مط نعم ذهب الشّيخ الى التّرجيح بالدّاخل و الخارج و بالاعـدليّه و الاكثريّه فى بعض الموارد من الدّعاوى لاخبار خاصّه اسـتفادوا منها ذلك و لا وجه للتعدّى عنها الى غيرها من امثال المقـام بعـد ما كان الاصل الاوّلى عـدم الاعتبار نظير عـدم اعتبار الظنّ الغير المعلوم اعتباره من الـدّليل القطعىّ و ممّا ذكرنا يظهر عـدم الاعتـداد بابتناء المسأله على التّرجيح ببيّنه الدّاخل او الخارج لعدم دليل على التّرجيح فيها فى غير الموارد المنصوصه مضافا الى انّ هـذا الاحتمال مبنىّ على ان لا يكون المراد من بيّنه الدّاخل فى كلماتهم هو خصوص ذى اليد بل كلّ من يدّعى امرا على وفق الاصـل بـالمعنى الاـعمّ من اليـد او اصاله الصـحّه فى العقود او اصـاله البراءه او غيرهـا و هو أيضـا لاـ يخلو عن اشـكال فانّ المسـتفاد من اخبـار تقـديم بيّنه ذى اليـد على غيرهـا انّ لليـد خصوصـيّه من بين سائر الاصول و الأمارات و بالجمله الظّاهر عـدم الـدّليل على ترجيـح احـدى البيّنتين فى المقـام خصوصـا بنـاء على اعتبـار قول المقوّم من بـاب حـدسه و نظره و لكنّ الظّاهر من المصنّف فى العباره الآتيه حيث يدفع الاشكال عن الجمع بانّ اصاله البراءه هنا مرجّحه للبيّنه الحاكمه بالأقلّ بانّ الاصول الظّاهريّه لا تصير مرجّحه للادلّه الاجتهاديّه انّه يقول باعتبار التّرجيح فى المقام لو كان فتدبّر

قوله و بيّنه الاكثر لانّها مثبته)

و هـذا الـدّليل إشاره الى ما سـيذكره فى الاشـكال الاوّل على وجوب الجمع و قـد يسـتدلّ لهذا القول بانّ قول المقوّم فى المقام كقول

المجتهد بالنّسبه الى المقلّد فى اعتبار نظره و حدسه و يكون تعارض المقوّمين كتعارض المجتهدين و من الواضح انّ عند اختلافهم مع التّساوى فى الشّرائط يكون المرجع التّخيير فى مقام التّرافع و فى الاحكام و يكون اختيار الحاكم و المفتى و تعيينه ح بيد المدّعى او المقلّد و بيّنه الاكثر فى المقام موافقه لقول من يدّعى زياده الارش و هو البائع

قوله (و الرّجوع الى الصّلح لتشبّث كلّ من المتبايعين)

و الظّاهر انّ المراد هو الصّلح القهرىّ اى ايقاف الامر قهرا الى ان يتراضيا بالصّلح لعدم دليل على التّعيين و ليس المراد اجبار الحاكم بما يراه على الصّلح و فيه انّ المرجع ح هو اصاله البراءه

قوله (و المورد غير قابل للحلف لجهل كلّ منهما)

الظّاهر انّ الضّمير راجع الى المتعاملين لوجوه منها انّ المقوّمين قد ذكر بصيغه الجمع و منها ذكر المتبايعين بصيغه التّثنيه و منها انّه لو كان راجعا الى البيّنتين كان اللّازم التّعليل بانّ البيّنه لا تكلّف بالحلف لا التّعليل بجهلهما

قوله (و تخيير الحاكم لامتناع الجمع)

و فيه انّ اللّازم ح هو التّساقط و الرّجوع الى الاصل او القرعه مضافا الى امكان الجمع بما عليه المعظم و قد يستدلّ لهذا القول أيضا بما سيذكره فى الاشكال الثّالث على وجوب الجمع و فيه مضافا الى ما عرفت من لزوم التّساقط انّه لا سبيل الى التّخيير الظّاهرى شرعا لعدم الدّليل عليه فى المقام و فى تعارض البيّنات و ما قام الدّليل عليه هو ثبوته فى تعارض أمارات الاحكام و التّخيير العقلى واقعا مبنىّ على حجّيه الامارات من باب السببيّه و حجّيتها كذلك لو سلّم فهى انّما تكون فيما كان كلّ من المتعارضين ذا مصلحه لا فى مثل المقام من الحقوق الماليّه الّتى يمتنع فيها ثبوت المصلحه فى كلّ من الطّرفين المتضادّين كوضوح امتناع ثبوت المصلحه فى ملكيّه كلّ من المتنازعين فى دار بتمامها

قوله لكنّ الاقوى من الكلّ ما عليه المعظم)

و قد يستدلّ على الجمع أيضا تاره بانّ الحقّ انّما هو بين اثنين و احقاق حقوق النّاس واجب بقدر الامكان و حيث لا يمكن الجمع بينهما وجب العمل ببعض كلّ منهما بالعمل بنصفه و ليس الحقّ فى المقام لواحد كحقوق اللّه تعالى حتّى يكون العمل بتمام احد المحتملين اولى من الجمع و التّبعيض لما فيه من المخالفه القطعيّه بل الجمع فى المقام اولى من اهمال احدهما و تظهر الثّمره بين هذا الوجه و ما ذكره المصنّف فى الموارد الّتى يحتمل فيها تعدّد القيم من دون قيام بيّنه فانّ ما ذكره مبنىّ على ملاحظه البيّنتين و يكون الدّاعى على الجمع وجوب العمل بهما و هذا الوجه مبنىّ على ملاحظه نفس

الحقّين و الدّاعى على الجمع نفس ثبوتهما و اخرى بانّ فى صوره اختلاف القيم او المقوّمين يعدّ القيمه المنتزعه قيمه للشّى ء عرفا فان قال احدهم انّه بخمسه و الثّانى انّه بعشره يعدّ سبعه و نصف قيمه له و كذلك ثلث القيم الثّلاث و ربع القيم الاربع و نحو ذلك فحكمهم فى جميع موارد الاختلاف انّما هو بالقيمه المتوسّطه و الجمع بين القيمتين فكما انّ فى صوره عدم التّعارض يرجع الى العرف فى تعيين القيمه و ما يحكم به كان هو المتّبع فكذلك فى صوره التّنازع كان المرجع ما هو القيمه عند العرف فلنا صغرى و كبرى امّا الصّغرى فهى انّ القيمه المتوسّطه قيمه عرفيّه و امّا الكبرى فهى انّ القيمه العرفيّه هى قيمه الشّى ء واقعا فانّ القيمه امر اعتبارىّ لا واقعيّه لها غير ما يفرض لها عرفا و المفروض اعتبارهم للتوسّط عند الاختلاف فالجمع هو القيمه الواقعيّه

فان قلت انّ المسلم هو اعتبار نظر العرف فى مقام تشخيص المفاهيم لا تعيين المصاديق

قلت قد ثبت فى الشّرع موارد اعتبر فيها نظر العرف فى تعيين المصداق و ذلك كالحيوان المتولّد من حيوانين و نحوه و قد ثبت اعتباره فى تعيين القيمه أيضا بالاجماع فكما انّ نظر العرف و تعيينه للقيمه حجّه عند الاتّفاق فكذلك عند الاختلاف لاتّفاق العرف على تعيين القيمه ح بالوسط فهو حجّه و لا يخلو كلّ واحد من هذه الوجوه الثّلاثه عن نظر و اشكال امّا الاوّل فلما مرّ الاشاره إليه من انّ اللّازم فى تعارض البيّنات هو التّساقط و لو سلّم حجّيتها من باب السببيّه لا الطّريقيّه فهى اى السببيّه فيها مخصوصه بحقوق اللّه تعالى لامتناع ثبوت المصلحه فى مؤدّى كلّ من البيّنتين فيما كان قيامهما على وجه يستلزم التّكاذب بينهما فى حقوق النّاس و اذا امتنع السببيه فلا مصحّح للجمع و امّا الثّانى فبانّه فرع ثبوت الحقّين و الفرض انّ الحقّ فى احدى الدّعويين لا فى كليهما و لو تشبّث هذا القائل لاثبات الحقّين بقيام البيّنتين و كونهما على نحو السببيّه رجع الى الوجه الاوّل و امّا الثّالث فبانّ حكم العرف بالقيمه المتوسّطه فى جميع الموارد غير ثابت و لو سلّم فحكمهم بها من حيث كونها هى قيمه الشّى ء غير معلوم و لا يبعد ان يكون من حيث التّراضى و الصّلح و لذا تريهم قد يعترفون بالجهل بالقيمه الواقعيّه و انّها هى احدى القيمتين بل او غيرهما و مع ذلك فتقديم القول بالتّنصيف على سائر الوجوه عد القرعه لا يخلو عن قوّه و سيأتيک الكلام فى القرعه أيضا و هو مختار المقنعه للشّيخ المفيد و الشّرائع و النّافع للمحقّق و كتب العلّامه و الشّهيدين و المحقّق الثّانى و غيرهم و الوجه فى ذلك امور الاوّل انّا مأمورون بالعمل بالبيّنتين و لو كانتا متعارضتين فانّ التّعارض انّما منع عن اتّباعهما فى تمام مفادهما

لمكان المضادّه الّا انّ العمل بكلّ منهما فى بعض مدلوله ممكن و لا طريق الى اعمالهما احسن منه فيكون معيّنا و ذلك لانّ العقل اذا لاحظ الدّليل الدالّ على وجوب اتّباع قول الشّاهد لو خلّى و طبعه يحكم حكما بيّنا بانّهما فى حال المعارضه لا يسقطان عن الاعتبار بل كلاهما حجّه فى نفى الثّالث قطعا لا يجوز اهمالهما فى موردهما رأسا بل يجب اعمالهما فيما شهدا به فى الجمله و ح يدور الامر بين اعمال احدى البيّنتين معيّنه او مخيّره او اعمال كلّ منهما فى النّصف المشهود به و الاوّل ترجيح بلا مرجّح و تخصيص فى ابطال حقّ الآخر مع اقامه الحجّه بلا دليل و الثّانى ابطال لحقّ غير المختار من غير دليل لانّ المراد من إحداهما لا على التّعيين ان كان مصداق إحداهما يلزم استعمال الامر الوارد بالعمل بالبيّنه فى الوجوب التّعيينى و التّخييرى و ان كان مفهومها الكلّى فمضافا الى عدم مساعده دليل وجوب الاتّباع عليه فيه انّه ليس فردا من افراد البيّنه بل افرادها عباره عن الاشخاص الخاصّه و ليس الواحد الكلّى فى عرض سائر الافراد بل هو عنوان من عناوينها منتزع عنها فلم يبق الّا الثّالث و هو التّنصيف

فان قلت انّه خارج عن مؤدّى كليهما و يكون تكذيبا لهما فى الجمله و ان كان تصديقا لهما كذلك فلا محيص عن خروجهما معا بتمامهما عن العمومات الدالّه على وجوب العمل بالبيّنات

قلت انّ رفع اليد عنهما بعد ملاحظه ما دلّ على وجوب اتّباع كلّ منهما انّما هو بحكم العقل و انت ترى انّ العقل يحكم بعدم لزوم اتّباعهما معا فى المدلول المطابقى منهما لمكان المعارضه و لا يحكم بسقوطهما بالمرّه كما لا يحكم بذلك فى المدلول الالتزامى

فان قلت انّ حجّيه البيّنه انّما هى من باب الطريقيّه النوعيّه كما هو الظّاهر من كافّه ادلّتها العامّه و الخاصّه و قد بيّنوا فى كتاب القضاء انّ اعتبارها من باب امضاء ما عند العرف و بناء العرف على اخذها طريقا و قد تبيّن فى محلّه أيضا انّ كلّ دليلين متعارضين بحسب الاصل الاوّلى محكومان بالتّساقط فى مدلولهما و ان كانا حجّتين فى نفى الثّالث و طريقين إليه

قلت مضافا الى ما عرفت انّ الاصل الاوّلى فى المتعارضين و ان كان ذلك الّا انّه يعدل عنه اذا علم من طريقه الشّرع مطلوبيّه العمل بهما فى موردهما و لو بقدر الامكان و قد علمنا ذلك من حكمه بالتّبعيض فى موارد عديده سلّمنا عدم العلم بذلك الّا انّه يمكن ان يقال انّ البيّنه ذات جهتين الطريقيّه و السببيّه و مقتضى الجهه الاولى و ان كان هو التّساقط الّا انّ مقتضى الثّانيه التّنصيف كما فى سائر موارد تزاحم السّببين و الحقّين الثّانى انّه قد انقدح من البيّنتين العلم الاجمالى بثبوت احدى القيمتين و استحقاق البائع إحداهما علما يلزم اتّباعه و المخالفه القطعيّه

محرّمه و الموافقه القطعيّه متعذّره فلا بدّ من الموافقه الاحتماليّه و احسن طريق الى ذلک بحيث يکون على وجه لا يبطل حقّ المتداعيين بالمرّه ما ذکرناه الثّالث انّ الامر فى المقام بعد المنع عن الرّجوع الى الثّالث دائر بين الايقاف و تخصيص احدى البيّنتين بالعمل معيّنه او مخيّره و التّنصيف لا سبيل الى الاوّل لانّ ايقاف الشّى ء مع العلم الاجمالى بثبوته مخالف للمعهود من الشّريعه و هو احترام حقوق النّاس و حرمه تضييعها سيّما اذا کان الايقاف لا الى امد بل الايقاف فى المقام خلاف الاجماع و لا الى الثّانى و الثّالث لما تقدّم فيبقى التّنصيف او القرعه الرّابع انّ المستفاد من ادلّه نصب الحاکم امران احدهما قطع الخصومه و الاخر کونه على وفق الموازين الشرعيّه و تعذّر الثّانى لا يسقط الاوّل فانّ الميسور لا يسقط بالمعسور و تعذّر القيد لا يوجب سقوط المقيّد و الفصل فى المقام لا يمکن الّا بالتّنصيف الخامس فحوى جمله من النّصوص الوارده فى باب الصّلح القهرىّ و غيره من الموارد الّتى حکموا فيها بالتّنصيف فى مقام اشتباه المالک بحيث يظهر منها انّ الحکم فى مطلق الحقوق المشتبهه ذلک فلاحظها منها ما اذا اودعه انسان درهمين و اخر درهما و امتزج الجميع من دون تفريط الودعىّ ثمّ تلف درهم فحکموا فيها بانّ احد الدّرهمين لصاحب الاثنين خاصّه و الاخر بينهما نصفين و وردت به روايه عن ابى عبد اللّه (ع) و منها ما لو کان لو احد ثوب بعشرين درهما و للآخر ثوب بثلاثين ثمّ اشتبها فقالوا ان خيّر احدهما صاحبه فقد انصفه و ان تعاسرا بيعا و قسّم بينهما و اعطى صاحب العشرين سهمين من خمسه و للآخر ثلاثه و وردت به أيضا روايه معتبره عن اسحاق بن عمّار عنه (ع) و منها ما لو کان معهما درهمان و ادّعاهما احدهما و ادّعى الاخر احدهما فقالوا انّ لمدّعيهما درهما و نصفا و للآخر ما بقى و ورد به صحيح و مرسل السّادس روى المشايخ الثّلاثه فى هذا المعنى روايه فى اختلاف قيم الهدى و هى ما عن عبد اللّه بن عمر قال کنّا بمکّه فاصابنا غلاء فى الاضاحى فاشترينا بدينار ثمّ بدينارين ثمّ بلغت سبعه ثمّ لم توجد بقليل و لا کثير فوقّع الهشام المکارى الى ابى الحسن (ع) فاخبره بما اشترينا و انّا لم نجد بعد بقليل و لا کثير فوقّع (ع) انظروا الى الثّمن الاوّل و الثّانى و الثّالث فاجمعوا ثمّ تصدّقوا بمثل ثلثه و هى تدلّ على انّ العبره بالقيمه المتوسّطه المنتزعه من القيم الثّلث و قد عمل بها الاصحاب فى موردها و ذکروا انّ الضّابط ان يجمع القيمتان او القيم و يتصدّق بقيمه منسوبه الى القيم بالسويّه فمن الثّلاثه الثّلث و من الاربعه الرّبع و هکذا فيتسرّى من موردها الى سائر المقامات بتنقيح المناط و عدم الفرق و عدم القائل بالفرق على

الظّاهر بين الاصحاب

فان قلت انّ الفصل بالتّنصيف فى المقام ليس عليه دليل خاصّ و كيف يمكن اثباته بملاحظه موارد اخرى مختلفه قد حكم بالتّنصيف فى كلّ واحد منها لاجل قاعده او دليل من دون ان يكون بينها و بين المقام جامع صالح لان يكون مناطا للحكم

قلت من يتأمّل فى فهم المناط القطعى فى المقام فليس له دعوى ذلك فى حكم من الاحكام و من انكر ذلك باللّسان فقلبه مطمئنّ بالايمان و انت بعد الاحاطه بما قدّمنا و انّ فى التّنصيف جمعا بين الحقّين و اعمالا للبيّنتين بقدر الامكان و ملاحظه حكم الشّارع فى كثير من نظائر المقام بالتّنصيف تعرف انّ ما ذهب إليه المعظم لعلّه هو الحقّ الّذى لا معدل عنه و لا محذور فيه سوى مخالفه العلم الاجمالى فيما لو علم بحقيّه احدهما و بطلان الاخر لا مط و لا ضير فيه كما فى نظائره فانّ مخالفه العلم الاجمالى فى مقام اعمال الاصول و القواعد ممّا لا يحصى كثره و ما يجاب به فى سائر المقامات يجاب به فى المقام أيضا

فان قلت انّ بيّنه زيد مثلا ان كانت حجّه فلم لم يعمل بها فى تمام مؤدّيها و ان لم تكن حجّه فلم يعمل بها فى نصفه

قلت هذا الايراد على الحاكم ان كان من المتداعيين فيجاب بانّ ترك العمل ببيّنه كلّ منكما فى النّصف الّذى اعطى للآخر انّما هو لبيّنه صاحبک فكما انّ بيّنتک حجّه فكذلک بيّنته و ان كان من غيرهما فيجاب بانّ هذا الايراد يرجع الى السّؤال عن الوجه فى مخالفه العلم الاجمالى و قد عرفت انّه لا محذور فى مخالفته بعد عدم التمكّن من وجه اخر لاعمال البيّنتين نعم الممنوع هو مخالفه العلم التّفصيلى و هى غير واقعه و على فرض وقوعها لا بأس بها أيضا من باب الصّلح القهرىّ ثمّ انّه لا بدّ من التّنبيه على انّ موازين القضاء امور أربعه الاوّل البيّنه و الثّانى يمين المنكر و الثّالث اليمين المردوده و الرّابع النّكول و قد يعدّ من الموازين القرعه فى موردها لقوله (ع) احكام المسلمين على ثلاثه و سيأتى الاشاره إليها و البيّنه الّتى تكون حجّه بالميزان ما كان سليما عن المعارض و الّا فهى ليست حجّه مثبته و ان كانت مع البيّنه المعارضه نافيتين للثّالث و الحكم بالتّنصيف فى المقام من باب دفع الاختلال و حفظ النّظام و احقاق الحقوق بقدر الامكان و قد ثبت شرعيّته بما قدّمناه و ان هو الّا نظير القضاء بالنّكول بعد نكول المدّعى عن اليمين المردوده على احد الوجهين فيه و بالجمله ليس اعطاء النّصف و لا المنع عن النّصف لاجل البيّنه الّتى هى حجّه تامّه لقطع الخصومه حتّى يعدّ الفصل المذكور من الفصل بالبيّنه نعم يترتّب عليه جميع آثار الفصل بالميزان

من حرمه تجدید الدّعوی و لزوم التّنفیذ و نحوهما حمایه للحمی فالتّنصیف کالفصل بالمیزان حکما لا موضوعا و کالصّلح القهری الثّابت شرعیّته و ذلک بحکم ما اشرنا إلیه من الوجوه

قوله (و لذا جعل فی تمهید القواعد من فروع هذه القاعده)

قال فی القاعده الثّامنه و التّسعین انّه اذا تعارض دلیلان فالعمل بهما و لو من وجه اولی من اسقاط احدهما بالکلیّه لانّ الاصل فی کلّ واحد منهما الاعمال فیجمع بینهما بما امکن لاستحاله التّرجیح من غیر مرجّح و من فروع القاعده ما اذا اوصی بعین الی ان قال و منها ما اذا قامت البیّنه بانّ جمیع الدّار لزید و قامت اخری بانّ جمیعها لعمرو و کانت فی یدهما او لم یکن فی ید واحد منهما فانّها تقسّم بینهما انتهی

قوله (و ثالثه بانّ فی الجمع مخالفه قطعیّه)

لما فی الجمع من طرح کلّ من البیّنتین فی النّصف و ان کان فیه موافقه قطعیّه لکلّ منهما فی النّصف الاخر

قوله (ثمّ انّ قاعده الجمع حاکمه علی دلیل القرعه لانّ المأمور به)

قد یتوهّم انّ مقصوده قدّس سرّه انّ القرعه انّما هی تشخیص نفس الواقع المردّد و هو فرع کون الواقع منحصرا فی الاحتمالین و المفروض انّه یحتمل کونه خارجا عنهما فلا موقع للقرعه فیشکل بانّه قد یعلم انحصار الواقع فیهما و عدم الخروج عنهما و بانّ جریان القرعه لا یختصّ بصوره وجود واقع یعلم مطابقه احد الظرفین له فانّها تجری فیما لا واقع فیه اصلا فضلا عمّا اذا کان واقع یحتمل مخالفته لطرفی الشّبهه و بطلان هذا التوهّم بمکان من الوضوح فانّ هذا انّما یصحّ ذکره لو ارید بیان انّ دلیل القرعه لا یشمل المقام و لا یصحّ لبیان حکومه قاعده الجمع علی دلیل القرعه فلیس المقصود الّا ما ذکره من وجوب الجمع بین البیّنتین بقدر الامکان لانّ کلّا منهما حجّه شرعیّه و قد یقال فی وجه تقدیم الجمع علی القرعه بانّ الجمع لمّا کان عملا بالدّلیلین کان مقدّما علی ما هو عمل بالواقع لتقدّم ما هو قاعده فی تشخیص الدّلیل علی ما هو قاعده ظاهریّه فی تشخیص الحکم الفرعی و فیه انّ من الممکن الاقراع بین البیّنتین لتعیین إحداهما فیکون رجوعا الی ما یشخّص الدّلیل بل الاقراع بینهما حاکم علی الجمع لانّ القرعه ح لتشخیص الدّلیل و الجمع قاعده ظاهریّه فی مقام العمل مضافا الی انّه لا وجه لتقدیم تشخیص الدّلیل علی الواقع لانّ حجیّه الدّلیل انّما هو لکشفه عن الواقع و مع وجود قاعده لتشخیصه لا مجال لتشخیص الدّلیل ثمّ انّ المهمّ من البحث هو انّه کیف یمکن اختیار القول بالجمع بین البیّنتین بالتّنصیف مع وجود اخبار خاصّه تکون إمره بالرّجوع الی القرعه فی

تعارض البيّنات الشّامله بإطلاقها للمقام و لا بدّ من نقلها توضيحا للمرام و تعقيبه بما يترجّح فی ذهنی القاصر بعون اللّه الملک العلّام

فمنها الحسن بمثّنی الحنّاط المذکور فی کافی و التهذیب عن زراره عن ابی جعفر علیه السّلام قال قلت له رجل شهد له رجلان بانّ له عند رجل خمسین درهما و جاء آخران فشهدا بانّ له عنده مائه درهم کلّهم شهدوا فی موقف قال اقرع بینهم ثمّ استحلف الّذین اصابهم القرع باللّه انّهم یشهدون بالحقّ قال جدّی الامّی المولی محسن الفیض قدّس سرّه فی الوافی لعلّه ارید بقوله عند رجل انّه کان ودیعه عنده و کانت الشّهود جمیعا حضورا عند الایداع و هذا معنی قوله کلّهم شهدوا فی موقف فالمراد بالموقف المکان الخاصّ و الزّمان الخاصّ و السّبب الخاصّ حتّی یتناقض الشّهادتان انتهی

و منها روایه البصری الصّحیحه فی الفقیه عن موسی بن القاسم و علیّ بن الحکم عن البصری و الضّعیفه فی الکافی عن ابان عن البصری عن ابی عبد اللّه علیه السّلام قال کان علیّ علیه السّلام اذا اتاه رجلان یختصمان بشهود عدلهم سواء و عددهم سواء اقرع بینهم علی ایّهم تصیر الیمین قال و کان یقول اللّهم ربّ السّماوات السّبع ایّهم کان الحقّ له فأدّه إلیه ثمّ یجعل الحقّ للّذی یصیر علیه الیمین اذا حلف

و منها الصّحیح الّذی رواه الصّدوق ره أیضا فی الفقیه عن البزنطی عن داود بن سرحان و الکلینی ره فی الکافی عن الوشاء عنه عن ابی عبد اللّه علیه السّلام فی شاهدین شهدا علی امر واحد و جاء آخران فشهدا علی غیر الّذی شهدا و اختلفوا فقال یقرع بینهم فأیّهم قرع فعلیه الیمین و هو اولی بالقضاء

و منها المرویّ فی کافی و التهذیب عن داود بن ابی یزید العطّار عن بعض رجاله عن ابی عبد اللّه علیه السّلام فی رجل کانت له امرأه فجاء رجل بشهود فشهدوا انّ هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخرون فشهدوا انّها امرأه فلان فاعتدل الشّهود و عدلوا قال یقرع بین الشّهود فمن خرج سهمه فهو الحقّ و هو اولی بها

و منها الصّحیح الّذی رواه الشّیخ فی یب عن الحسین بن سعید عن ابن ابی عمیر عن حمّاد عن الحلبی قال سئل ابو عبد اللّه علیه السّلام عن رجلین شهدا علی امر و جاء آخران فشهدا علی غیر ذلک فاختلفوا قال یقرع بینهم فأیّهم قرع فعلیه الیمین و هو اولی بالحقّ

و منها ما رواه أیضا فی یب و رواه الصّدوق فی الفقیه عن سماعه عن ابی عبد اللّه علیه السّلام قال انّ رجلین اختصما الی علیّ علیه السّلام فی دابّه فزعم کلّ واحد منهما انّها نتجت علی مذوده و اقام کلّ واحد منهما بیّنه سواء فی العدد فاقرع بینهما سهمین فعلّم السّهمین کلّ واحد منهما بعلامه ثمّ قال اللهمّ ربّ السّماوات

السّبع و ربّ الارضين السّبع و ربّ العرش العظيم عالم الغيب و الشّهاده الرّحمن الرّحيم ايّهما كان صاحب الدابّه و هو اولى بها فأسألك ان تخرج سهم فخرج سهم احدهما فقضى له بها و المذود كمنبر معلف الدابّه و التّحقيق انّ هذه الاخبار غير وافيه لاثبات الفصل بالقرعه سواء اريد اعمالها لتعيين الحقّ الواقعى او لتعيين الحجّه من البيّنتين و ذلك من وجوه الاوّل انّها معارضه بوجود اخبار اخرى دالّه على الفصل بغير القرعه فى تعارض البيّنات منها ما فى كافى و التهذيب عن محمّد بن احمد عن الخشّاب عن غياث بن كلوب عن اسحاق بن عمّار عن ابى عبد اللّه عليه السّلام انّ رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السّلام فى دابّه فى ايديهما و اقام كلّ واحد منهما البيّنه انّها نتجت عنده فاحلفهما علىّ عليه السّلام فحلف احدهما و أبى الاخر ان يحلف فقضى بها للحالف فقيل له فلو لم يكن فى يد واحد منهما و اقاما البيّنه قال احلفهما فأيّهما حلف و نكل الاخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين قيل فان كانت فى يد احدهما و اقاما جميعا البيّنه قال اقضى بها للحالف الّذى هى فى يده و منها ما فى الكتابين أيضا عن احمد بن محمّد عن محمّد بن يحيى عن غياث بن ابراهيم عن ابى عبد اللّه عليه السّلام انّ امير المؤمنين اختصم إليه رجلان فى دابّه و كلاهما اقاما البيّنه انّه انتجها فقضى بها للّذى هى فى يده و قال لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين و منها ما فى الكتابين أيضا عن احمد عن ابن فضّال عن ابى جميله عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفه انّ رجلين عرفا بعيرا فاقام كلّ واحد منهما بيّنه فجعله امير المؤمنين عليه السّلام بينهما و فى كافى و التهذيب عن السّكونى عن جعفر عن ابيه عن آبائه عن علىّ (ع) انّه قضى فى رجلين ادّعيا بغله فاقام احدهما شاهدين و الاخر خمسه فقال لصاحب الخمسه خمسه اسهم و لصاحب الشّاهدين سهمان الى غير ذلك من الاخبار الّتى يقف عليه المتتبع و انت ترى انّ الاخبار المذكوره الوارده فى تعارض البيّنتين مختلفه المفاد فمنها ما اقتصر فيه على مجرّد التّنصيف كروايه تميم بن طرفه و منها ما حكم بتقديم بيّنه ذى اليد و مع عدمها فالتّنصيف كروايه غياث بن ابراهيم و منها ما حكم فيه بالحلف ثمّ التّنصيف كروايه اسحاق بن عمّار الموثّقه بإسحاق لانّه فطحىّ ثقه الّا انّ الخشّاب و غياث لم ينصّوا بتوثيقهما و منها ما اطلق فيه اليمين بعد الاقراع كروايه داود عن ابى عبد اللّه عليه السّلام و منها ما جمع فيه بين الاقراع بعد تساوى البيّنتين عددا و عداله و الاحلاف بعد كروايه البصرى و منها ما اقتصر على التّرجيح بالاكثريّه مع احلاف ذى البيّنه الرّاجحه كصحيح ابى بصير عن الصّادق عليه السّلام و منها

ما ظاهره استحقاق كلّ واحد من الخصمين من المال بعدد شهوده كروايه السّكونى و منها ما حكم بتقديم بيّنه غير ذى اليد المسمّى بالخارج كروايه منصور المرويّه فى يب عن ابراهيم بن هاشم عن محمّد بن حفص عن منصور قال قلت لابى عبد اللّه عليه السّلام فى رجل فى يده شاه فجاء رجل فادّعاها و اقام البيّنه العدول انّها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع و جاء الّذى فى يده بالبيّنه مثلهم عدول انّها ولدت عنده و لم يبع و لم يهب قال ابو عبد اللّه عليه السّلام حقّها للمدّعى و لا اقبل من الّذى فى يده بيّنه لانّ اللّه عزّ و جلّ انّما امران يطلب البيّنه من المدّعى فان كانت له بيّنه و الّا فيمين الّذى هو فى يده هكذا امر اللّه تعالى و هذه الرّوايه و ان كانت من جهه اشتراك محمّد بن حفص و منصور غير نقيّه السّند الّا انّ روايه الشّيخ و القمّيين لها و فتوى الاصحاب على طبقها فى كتاب الشّهادات قرينه واضحه على قوّتها مضافا الى انصراف منصور الى ابن حازم الثّقه و منها ما اقتصر فيه على الاقراع عند اعتدال البيّنتين و ليس شى ء فى ايديهما و على التّنصيف ان كان فى ايديهما و هو ما ارسله فى محكيّ كشف اللّثام عن امير المؤمنين عليه السّلام فى البيّنتين يختلفان عن الشّى ء الواحد و يدّعيه الرّجلان انّه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بيّنه كلّ واحد منهما و ليس فى ايديهما فامّا ان كان فى ايديهما فهو فيما بينهما نصفان و ان كان فى يد احدهما فالبيّنه على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه و منها ما عن فقه الرّضا عليه السّلام فاذا ادّعى رجل على رجل عقارا او حيوانا او غيره و اقام بذلك بيّنه و اقام الّذى فى يده شاهدين فانّ الحكم فيه ان يخرج الشّى ء من يد مالكه الى المدّعى لانّ البيّنه عليه فان لم يكن الملك فى يدى احد و ادّعى فيه الخصمان جميعا فكلّ من اقام عليه شاهدين فهو احقّ به فان اقام كلّ واحد منهما شاهدين فانّ احقّ المدّعيين من عدّل شاهديه فان استوى الشّهود فى العداله فاكثرهم شهودا يحلف باللّه و يدفع إليه الشّى ء و مثله الى هنا قاله الصّدوق فى المقنع ثمّ قال فى آخر كلامه كذا ذكره ابى ره فى رسالته إلىّ و ذكر مثله فى كتاب من لا يحضره الفقيه و فى آخر الكلام المتقدّم عن فقه الرّضا (ع) و كلّما لا يتهيّأ الاشهاد عليه فانّ الحقّ فيه ان يستعمل القرعه و انت بعد الاطّلاع على هذه الاخبار تعلم انّها فى غايه الاضطراب و تفصيل حمل مطلقها على مقيّدها و ما يمكن الجمع فيه منها و ما لا يمكن موكول الى محلّه من كتاب القضاء و الغرض فى المقام هو الاشاره الى عدم كون اخبار القرعه الوارده فى تعارض البيّنتين مط واضحه تامّه بحيث لا يعتريها شكّ و ريب مضافا الى انّ بعضها كجمله من غيرها كما ترى

حکایات لاقوال و نواقل لافعال صدرت عن امیر المؤمنین علیه السّلام و قد تقرّر عندهم انّ حکایات الافعال اذا تطرّق إلیها الاحتمال کساها ثوب الاجمال و سقط عن الاستدلال الثّانی انّ اخبار القرعه امّا العامّه منها الدالّه علی انّها لکلّ امر مشکل فمضافا الی انّ العمل بها یحتاج الی جابر قویّ مفقود فی المقام یکون ادلّتها و لو بناء علی تعمیمها بالنّسبه الی ما کان مشکلا واقعا و ظاهرا کما علیه المشهور مخصوصه بما اذا دار الامر بین الاخذ باحد الطّرفین کما فی تزاحم الحقّین المعلوم وجوب مراعاتهما بقدر الامکان و لو بالاخذ باحدهما و امّا فیما اذا لم یکن الامر دائرا بینهما کما فی تعارض مطلق الامارات الشرعیّه فلا معنی للرّجوع إلیها و امّا الخاصّه منها الوارده فی تعارض البیّنتین ففیها أوّلا انّها لیست من موازین القضاء لحصرها فی البیّنه و الایمان کما هو مقتضی الاخبار المستفیضه و من الواضح انّ ثبوت الیمین انّما هو فیما کان هناک مدّع و منکر و الّا فالمیزان هو البیّنه منها المرویّ فی کافی و التهذیب عن ابی عبد اللّه (ع) قال قال رسول اللّه (ص) انّما اقضی بینکم بالبیّنات و الایمان الحدیث و منها المرویّ فی الکتابین أیضا عن العبیدی عن یونس عمّن رواه قال استخراج الحقوق بأربعه وجوه بشهاده رجلین عدلین فان لم یکونا رجلین فرجل و امرأتان فان لم تکن امرأتان فرجل و یمین المدّعی فان لم یکن شاهد فالیمین علی المدّعی علیه فان لم یحلف و ردّ الیمین علی المدّعی فهی واجبه علیه ان یحلف و یأخذ حقّه فان ابی ان یحلف فلا شی ء له و منها ما فیهما أیضا قال امیر المؤمنین علیه السّلام احکام المسلمین علی ثلاثه شهاده عادله او یمین قاطعه او سنّه ماضیه عن ائمّه الهدی بناء علی انّ المراد من السنّه الماضیه فی قوله (ع) الاحکام الکلیّه المستفاده من احادیث ائمّه الهدی علیهم السّلام حتّی یکون إشاره الی الفصل فی الشّبهات الحکمیّه و ثانیا لو سلّم انّها منها کما لا یبعد ان یکون المراد من السنّه الماضیه هو ما بلغ إلینا من قضایاهم فی الموارد الخاصّه الغیر المختصّه بها لکن من الظّاهر جدّا انّ القضاء بها انّما هو بعد العجز عن اعمال البیّنه و الیمین و مع امکان اعمالهما لا وجه للرّجوع إلیها و فی المقام لا مانع من القضاء من جهه البیّنه علی وجه التّنصیف لما تقدّم من الوجوه و الادلّه و ثالثا انّه لو بنی علی تقدیم الاخبار الخاصّه الوارده فی القرعه علی غیرها و اختیر انّ مقتضی الاصل هو الرّجوع إلیها فهو مخصوص بموارد من تعارض البیّنتین عملوا بها و ذکروها فی کتاب القضاء و یکون عملهم جابرا و امّا فی مسئله التّقویم فلا جابر لها حتّی یجوز التمسّک بها فانّهم لم یعملوا بها فی موارد کثیره من تعارض البیّنتین و من الواضح انّ العمومات الموهونه بواسطه خروج

افراد كثيره لا يجوز التمسّك بها ما لم ينجبر بالعمل و فى المقام لا عامل بها الّا ما يحكى عن بعض و رابعا انّ الاخبار الكثيره القاضيه بالتّنصيف المتقدّمه لا بدّ من العمل بها و لو فى بعض الموارد و عدم طرحها و المقام اقرب و اصلح لذلك من غيره

قوله (فيؤخذ من القيمتين للصّحيح نصفهما)

و يمكن الاخذ بهذا الجمع من دون ملاحظه النّصف عند اختلاف المقوّمين من جهتى الصّحيح و المعيب لوضوح عدم الفرق بين ان يجمع القيم الصّحيحه جمله و المعيبه كذلك و تنسب إحداهما الى الاخرى و تؤخذ بتلك النّسبه او تجمع القيم الصّحيحه جمله و يؤخذ نصفها و تجمع المعيبه كذلك و يؤخذ منها نصفها ثمّ تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى و تؤخذ من الثّمن بتلك النّسبه فانّ النّسبه بين المجموعين هى النّسبه بين اجزائهما مع اتّحاد الاجزاء بالاسم كالنّصف مثلا اذ النّسبه بين العشرين و الخمسه عشر كالنّسبه بين العشره و السّبعه و النّصف و النّسبه بين السّتّه و الثّمانيه مثلا كالنّسبه بين نصفيهما و هكذا اذا كانت القيم اكثر من اثنين فانّه يمكن الجمع و يلاحظ النّسبه بينهما نعم عند الاختلاف فى احدى الجهتين فلا بدّ امّا من تضعيف الجهه المتّفق عليها او تنصيف المختلف فيها ان كانت اثنين و نسبه النّصف الى المتّفق عليها و تثليثها ان كانت ثلثا و نسبه الثّلث و هكذا

قوله و هذا منسوب الى الشّهيد قد ره على ما فى الرّوضه)

قال فى اللّمعه و لو تعدّدت القيم اخذت قيمه واحده متساويه النّسبه الى الجميع فمن القيمتين نصفهما و الخمس خمسها و قال فى س و لو اختلف المقوّمون انتزعت قيمه من المجموع نسبتها إليه بالسّويه ففى القيمتين يؤخذ نصفهما و من الثّلث ثلثها و هكذا و قال الشّهيد الثّانى فى الرّوضه بعد نسبه الطّريق الثّانى الى الشّهيد و عبارته هنا و فى س لا تدلّ عليه و ذكر فى الحاشيه و انّما كانت العباره لا تدلّ عليه مع انّ ظاهر الطّريق الاوّل لا يقتضى اخذ النّصف من القيمتين و لا الثّلث من الثّلث بل اخذ نسبه المجموع الى المجموع لانّ مالهما واحد فانّ لك فى الطّريق المطابق للعباره على الاوّل ان تجمع القيم الصّحيحه جمله و تأخذ نصفها او ثلثها كما مرّ و تجمع المعيبه كذلك و تاخذ منها كذلك ثمّ تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى و تاخذ من الثّمن بتلك النّسبه فتأخذ فى المثال الاوّل نصف الصّحيحين عشره و نصف المعيبين سبعه و نصفا و تنسبهما الى العشره و ذلك ربع كما انّ نسبه الخمسه عشر الى العشرين ربع و فى مثال الثّلاثه تاخذ ثلث القيم الصّحيحه جمله و هى ثلثون فثلثها عشره و ثلث القيم المعيبه

جمله و هى أربعه و عشرون فثلثها ثمانيه و تأخذ من الثّمن بنسبه ما بين الثّمانيه و العشره و هو الخمس كما انّك بالطّريق الّذى ذكرناه تاخذ بنسبه الاربعه و العشرين الى الثّلثين و هو الخمس كذلك و بهذا يظهر انّ عباره المصنّف تحتمل كلّ واحد من الطّريقين فلم تدلّ على الثّانى بخصوصه انتهى

قوله (و حاصله قد يتّحد مع الطّريق المشهور كما فى المثال المذكور)

امّا كون التّفاوت بالثّلثين على الطّريق المشهور فقد عرفته و امّا على الطّريق المنسوب الى الشّهيد فلانّ على تقويم الصّحيح باثنى عشر و المعيب بأربعه يكون النّسبه بين القيمتين الثّلث لانّ الاربعه ثلث الاثنى عشر و على تقويم الصّحيح بالسّته و المعيب باثنين فكذلك لانّ الاثنين ثلث السّته و قد عرفت انّ النّسبه اذا كانت بالثّلث يكون التّفاوت بالثّلثين فيكون الارش ثلثى الثّمن

قوله (على احدى البيّنتين بالسّدس و على الاخرى ثلاثه اثمان

فانّ على تقويم الصّحيح باثنى عشر و المعيب بعشره يكون التّفاوت بالسّدس و على تقويم الصّحيح بثمانيه و المعيب بخمسه ثلاثه اثمان فلو فرض الثّمن اثنى عشر يجمع السدس و هو اثنان و ثلاثه اثمان و هو أربعه و نصف و يكون المجموع ستّه و نصف و يكون الارش نصفه و هو ثلاثه و ربع

قوله (و هو ناقص عن الثّلث بنصف خمس)

فانّه اذا كان الثّمن اثنا عشر كان ثمنه واحدا و نصفا و هذا النّصف يكون خمسين و نصف خمس من المجموع و كان خمس الاثنى عشر اثنين و خمسين فمجموع ثمن الثّمن و خمسه يكون ثلاثه و أربعه اخماس و نصف خمس و هو ناقص عن طريق المشهور بنصف خمس

قوله (لانّ نسبه الكلّ الى الكلّ تساوى نسبه نصفه)

و فى المثال نسبه كلّ المعيب و هو السّته الى كلّ النّصف من الصّحيحين و هو التّسعه تساوى نسبه نصف المعيب و هو الثّلاثه الى كلّ من نصفى ذلك الكلّ و هو الاربعه و النّصف فكما انّ التّفاوت بين السّته و التّسعه بالثّلث فكذا التّفاوت بين الثّلاثه و الاربعه و نصف فاذا كانت النّسبه ملحوظه بين قيمه المعيب و القيمه المنتزعه الّتى هى نصف قيمتى الصّحيح كان لازم ذلك ان يكون النّسبه بين قيمه المعيب و القيمه المنتزعه مساويه مع نصف كلّ واحد منهما ضروره اتّحاد نسبه الكلّ الى الكلّ مع نسبه كلّ من نصفيه الى كلّ من نصفى الاخر و هذا بخلاف نسبه الثّلاثه الّتى هى نصف الكلّ الى كلّ من النّصفين المركّب منهما ذلك الكلّ و هو السّته فانّ نسبه نصف الكلّ و هو الثّلاثه الى احد النّصفين المركّب منهما الكلّ و هو الاربعه بالرّبع و الى النّصف الاخر و هو الخمسه بالخمسين و من الواضح انّ الثّلث غير الرّبع

او الخمسين فاذا كانت النّسبه ملحوظه بين قيمه المعيب المتّفق عليها و كلّ واحد من القيمتين المختلفين للصّحيح لملاحظه نسبه نصف المعيب الى كلّ من النّصفين فالظّاهر انّ لازم ذلك ان يكون النّسبه بين قيمه المعيب و تمام الصّحيحين مخالفه مع النّسبه بين نصف قيمه المعيب و نصف كلّ من الصّحيحين

قوله (فقد يختلف الطّريقان و قد يتّحدان)

قال السيّد الطّباطبائى فى حاشيته و امّا قوله قدّس سرّه و قد تقدّم مثالهما فالظّاهر انّه سهو من القلم اذ ما تقدّم من مثال الاتّحاد انّما كان فى صوره اتّحاد النّسبه فلاحظ فلم يتقدّم مثال لصوره الاختلاف فى النّسبه مع عدم تفاوت الطّريقين فيه فتدبّر ه اقول الظّاهر انّه اراد من اتّحاد النّسبه بين الصّحيح و المعيب على كلتا البيّنتين خصوص نسبه النّصف و ذلك بمناسبه التّنصيف الواقع بعد جمع القيم فى جميع الصّور فيما كان المقوّمان اثنين على كلا الطّريقين و ح فالمثالان قد تقدّم ذكرهما و تفصيل ما افاده قدّس سرّه انّ فى صوره اختلافهما فى الصّحيح و المعيب معا ان اتّحدت النّسبه اتّحد الطّريقان دائما و مثاله ما اذا قوّمه إحداهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بستّه و قوّمه الاخرى صحيحا بستّه و معيبا بثلاثه فانّ لازم الطّريق المشهور ان ينسب الثّمانيه عشر الّذى هو مجموع قيمتى الصّحيح الى التّسعه الّذى هو مجموع قيمتى المعيب و ينسب نصف الثّمانيه عشر الى نصف التّسعه و التّفاوت فى النّسبتين بالنّصف و هذا بعينه هو التّفاوت على الطّريق الثّانى فانّ التّفاوت بين نصف مجموع القيمتين للصّحيح اعنى التّسعه مع نصف مجموع القيمتين للمعيب اعنى أربعه و نصف هو عين نصف التّفاوت بين احدى قيمتى الصّحيح و هو الاثنى عشر مع احدى قيمتى المعيب و هى السّته و قيمه الآخر للصّحيح و هو السّته مع قيمه الاخر للمعيب و هو الثّلاثه و السرّ فى اتّحاد الطّريقين دائما فى هذه الصّوره واضح فانّ كلّ صحيح ضعف المعيب فيلزمه ان يكون نصف الصّحيحين ضعف نصف المعيبين لانّ كلّ عدد اذا كان ضعفا لعدد آخر فلا بدّ ان يكون جميع كسوره ضعف جميع كسور الاخر و ان اختلفت النّسبه بان لا يكون كلّ صحيح ضعف المعيب فيما كانت البيّنتان ثنتين او ثلاثه مثلا اذا كانت البيّنه ثلاثه فقد يختلف الطّريقان و مثاله ما ذكره فى صدر المسأله من فرض احدى قيمتى الصّحيح اثنى عشر و الاخرى ثمانيه و قيمه المعيب على الاوّل عشره و على الثّانى خمسه حيث كان التّفاوت على الطّريق الاوّل بربع الثّمن اعنى ثلاثه من اثنى عشر و على الطّريق الثّانى بثلاثه و ربع و قد يتّحدان و مثاله ما ذكره قبل المثال المتقدّم من

فرض احدی قیمتی الصّحیح اثنی عشره و الاخری ستّه و احدی قیمتی المعیب أربعه و الاخری اثنین و علی ما ذکرنا فاختلاف النّسبه فی هذا المثال انّما هو من حیث انّه لیس نصف مجموع القیمتین للصّحیح اعنی التّسعه ضعفا لنصف مجموع القیمتین للمعیب و هو الثّلاثه و لیس کلّ معیب نصفا للصّحیح مع انّ اللّازم علی کلّ من الطّریقین هو الجمع بالتّنصیف و اتّحاد الطّریقین فیه فلانّ النّسبه بین مجموع قیمتی الصّحیح مع مجموع قیمتی المعیب و کذا بین نصفیهما بالثّلثین و مقدار التّفاوت بین الصّحیح و المعیب أیضا بالثّلثین و یکون التّفاوت بین التّسعه الّتی هی نصف مجموع القیمتین للصّحیح مع الثّلاثه الّتی هی نصف مجموع القیمتین للمعیب اعنی ستّه هو بعینه نصف تفاوتی الاثنی عشر مع أربعه و السّتّه مع اثنین

قوله (ثمّ انّ الاظهر بل المتعیّن فی المقام هو الطّریق الثّانی)

اعلم انّه اذا کان المستند للجمع بین البیّنتین هو خبر عبد اللّه بن عمر الوارد فی الاضاحی المتقدّم ذکره فلا اشکال فی انّ طریق المشهور اوفق بذلک و ان کان مورده من حقوق اللّه تعالی و ان کان مستند الجمع هو العمل بکلّ من البیّنتین باعمال کلّ منهما فی نصف العین او کان المستند مجرّد الجمع بین الحقّین فالمتعیّن هو الطّریق الثّانی و قد افاد المصنّف ره فی بیان ذلک بما لا مزید علیه

قوله (علی النّهج الّذی ذکرناه اخیرا)

الظّاهر انّه الموجود فی حاشیه بعض نسخ الکتاب و قد نقلناه

قوله (لانّه اخذ من مقابل الجاریه اعنی سبعه)

فانّ نسبه السّتّه الّتی هی قیمه الجاریه صحیحه الی العشره الّتی هی مجموع قیمتی الصّحیح من السّتّه و الاربعه ثلاثه اخماس و نسبه الاربعه الی العشره خمسان فبهذه النّسبه یؤخذ من الثّمن و هو اثنی عشر و ثلاثه اخماس من اثنی عشر تصیر سبعه و خمسا و خمسان منها أربعه و أربعه اخماس ثمّ بعد ذلک تلاحظ النّسبه بین قیمتی الصّحیح و المعیب من الجاریه و هما الخمسه و السّتّه و هی السّدس فسدس سبعه و خمسا واحد و خمس و النّسبه بین الاربعه و اثنین و نصف فی العبد ثلاثه اثمان لانّ الاربعه ثمانیه انصاف و اثنان و نصف خمسه انصاف و النّسبه بینهما ثلاثه اثمان و هی من أربعه و أربعه اخماس و احد و أربعه اخماس لانّ مجموعها یصیر اربع و عشرین خمسا و ثمنها ثلاثه اخماس و ثلاثه اثمان یکون تسعه اخماس و هی واحد و أربعه اخماس و بعد اجتماع السّدس و هو واحد و خمسا مع ثلاثه اثمان و هی واحد و أربعه اخماس یصیر ثلاثه فالثّلاثه و هی ربع الثّمن منطبق علی السّدس و ثلاثه اثمان کما لا یخفی

قوله

بل المتعيّن ح ان يؤخذ من ستّه الجاريه سدس)

فانّ النّسبه بين الخمسه و السـتّه السّدس و هو من السـتّه واحد و النّسـبه بين الاربعه و الاثنين و نصف ثلاثه اثمان و هى من السـتّه اثنان و ربع فيصير المجموع ثلاثه و ربعا

قوله (و من هنا يمكن ارجاع كلام الاكثر الى الطّريق الثّانى)

يمكن المناقشه فيه أوّلا بانّ هـذا الحمل فى غايه الضّـعف فانّ التّعبير بالاخذ بأوسط القيم او قيمه منتزعه من مجموع القيم او قيمه متوسّـطه كلّها ظاهر فى الطّريق الاوّل و ثانيا بانّ جماعه منهم الشّهيد فى الرّوضه صرّحوا بنسبه الطّريق الاوّل الى الاصحاب فراجع و اذا كانت كلماتهم مجمله لما كانوا مصرّحين بالنّسبه

قوله هذا مع انّ المستند فى الجميع هو ما ذكرنا)

ان كان غرضه قـدّس سـرّه من هـذه الجمله كما هو الظّاهر الاشاره الى ما قـدّمه من التّفصـيل فى انّ مسـتند المشـهور ان كان هو الجمع بين البيّنتين باعمـال كـلّ منهمـا فى نصف العين كـان اللّـازم هو الجمع على الطّريق الثّـانى فهو حسن و قـد افـاد فى تثبيت ذلـك بمـا لا مزيـد عليه و لكن من الواضـح انّه ح يكون تكرارا لما سـبق و ان كان غرضه انّ مسـتند الجمع و هو وجوب العمل بكـلّ من البيّنتين شاهـد على حمـل كلام الاكثر على الطّريق الثّانى و اتّحاد القولين ففيه انّه لو كان بـذلك الظّهور لما احتاج الى التّوضيح المتقدّم فى المتن و من الواضح انّ مجرّد كون مستند الجمع هو اعمال البيّنتين لا يرفع الاختلاف و لا يكون شاهدا على احد الطّريقين فتدبّر

[فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحّتها و ما يترتّب على صحيحها و فاسدها]

[مسأله فى شروط صحّه الشرط]

اشاره

قوله (الثّانى ان يكون الشّرط سائغا)

و مجرّد كون الممتنع الشّـرعى كـالممتنع العقلى لا يكفى فى درجه فى الشّـرط الاوّل كما انّ الشّـرط الرّابع و هو عـدم المخالفه للكتاب و السّنه لا يكفى أيضا عن تخصيص هذا الشّرط بالذّكر لانّ حليّه الشّى ء و حرمته قد يعلم من الاجماعات و الرّوايات

[من الشروط أن يكون ممّا فيه غرضٌ معتدٌّ به عند العقلاء نوعاً، أو بالنظر إلى خصوص المشروط له]

قوله (و الوجه فى ذلک انّ مثل ذلک لا يعدّ حقّا)

فلا يـدخل تحت قوله (ص) المؤمنون عنـد شـروطهم و تحت قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لا اقلّ من الشكّ فيرجع فيه الى الاصـل من عدم لزوم الشّـرط نعم دائره الشّـرط اوسع من دائره العقد لاختصاص البيع بالاموال و عموم الشّرط لغيرها ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء و يكون الشّـرط فى العقد مشمولا لقولهم يغتفر فى الثّوانى ما لا يغتفر فى الاوائل و قد يستدلّ بانّ المتبادر من ادلّه الشّـروط و قولهم عليهم السّـلام المؤمنون الـخ هو مـا كـان له تعلّق بالعقـد و يكون ممّـا يؤول نفعه الى المتعاقـدين فاذا لم يتعلّق غرض لكليهما او لاحدهما بالشّرط من حيث المنافع الدنيويّه الّتى هى موضوع

تلک العقود غالبا انحصر الغرض فی ایجاب المباح او تحریمه فیخرج من مدلول ادلّه الشّروط و یکون داخلا فی المستثنی و هو قوله (ع) الّا ما حرّم حلالا- او حلّل حراما اذ لیس الغرض ح الّا ذلک الّا ان یقال انّ مع دعوی ظهور المستثنی منه فیما کان فیه غرض للمتعاقدین کان المستثنی متکفّلا لاخراج خصوص الافراد الّتی تکون کذلک فینحصر الدّلیل فی الوجه الاوّل و لنا فی توضیحه ان نقول انّ الشّرط فی العقد ان کان مجرّد التزام شرعیّ کالنّذر و نحوه صحّ اشتراط کلّ ما یصحّ الالتزام به بسبب النّذر کان الشّرط بنفسه مباحا او واجبا بناء علی اصحّ القولین من تعلّق النّذر بالفعل الواجب و تعدّد العقاب ح عند المخالفه من جهه مخالفه النّذر و ترک الواجب و ثبوت الکفّاره من الجهه الاولی و تعدّدها لو کان لترک اصل الواجب کفّاره أیضا کصوم شهر رمضان سواء کان من التّروک أم لا- و بالجمله صحّ اشتراط کلّ ما یکون داخلا تحت قدره المشروط علیه و لا یکون منافیا لمقتضی العقد و لم یکن مرجوحا شرعا لانّه لا یتعلّق به الالزامات الشرعیّه سواء کان قابلا للمعاوضه کان یقول بعتک بشرط ان تخیط هذا الثّوب أم لا کاشتراط عمل حقیر لا یعاوض علیه و کان ممّا یملک أم لا کان یقول بعتک بشرط ان تکون هذه الفاره لی و کان قابلا- للتّملیک أم لا- کان یقول بعتک بشرط ان تکون هذه الحبّه من الحنطه مثلا- لی علی القول بانّها تملک و لا تملّک و ان کان الشّرط من باب التّملیک لا- مجرّد الالتزام اختصّ بالافعال الوجودیّه و لا یصحّ اشتراط التّروک مط کالبیع بشرط عدم الاکل و عدم السّکنی و ان لا یضرب زیدا او لا یعطی عمروا و من الافعال الوجودیّه بالّتی تکون قابله للتّملیک فلا یصحّ ان یقول بعتک بشرط ان تکون هذه الفاره لی او هذه الحنطه لی و لا یصحّ اشتراط فعل الواجب مط لانّ الواجبات ملک للّه تعالی و لا- یملک لاحد و ظاهر بعض الاصحاب انّ الشّرط من باب الالتزام الشّرعی و الاکثر انّه من باب التّملیک و هو الاقوی لما ذکرنا من انّ المتبادر من الشّرط المذکور فی الادلّه ما کان له تعلّق بالعقد و ح لمّا کان الاصل و هو العقد معاوضه و تملیک فالفرع لا یزید علیه و لا یمکن ان یخرج عنه بمعنی انّه لا بدّ من ثبوت ارتباط بینهما و یکون الشّرط الواقع فی ضمن العقد ممّا له تعلّق به و یکون ممّا یؤول نفعه الی المتعاقدین و من هنا یندفع ما یق من انّه بناء علی کونه من باب التّملیک لزم ان یقتصر فیه علی خصوص ما کان فیه نحو تملیک و لا- وجه ح للتعدّی الی مطلق ما یتعلّق به غرض المتعاقدین و بعباره اخری الشّرط لا یقع بإزائه الثّمن و لا یکون مقصودا فی العقد اصاله فلا یلزم ان

يكون له ماليّه لكن تعلّقه بالعقد بحيث يئول نفعه الى احد المتعاقدين ممّا لا بدّ منه و ممّا ذكرنا من انّ الشّرط من توابع العقد و لا بدّ ان يكون له تعلّق به يعلم سرّ اعتبارهم ان لا يكون الشّرط مجهولا جهاله يوجب الغرر فى البيع كما سيأتى فى الشّرط السّادس و الشّرط يتبع العوضين فى جميع ما يعتبر فيهما و ذلك يختلف باختلاف العقود فالبيع يعتبر فيه تعيين العوضين فيعتبر فى شرطه أيضا بخلاف ما لو كان بالصّلح

[من الشروط أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنّه]

قوله (بل قد جوّز بعض تخصيص عموم ما دلّ الخ

بان يقوم دليل خاصّ على صحّه خصوص شرط مخالف للكتاب و السنّه فى مورد خاصّ و يكون مخصّصا لعموم عدم جواز الشّرط المخالف لهما و لكنّه لا يرتاب فى ضعفه لانّ العامّ المشار إليه لا يقبل التّخصيص و لو وجد ما ظاهره ذلك فلا بدّ من تاويله ان امكن او طرحه

قوله (و فى صحيحه الحلبى)

عن ابى عبد اللّه عليه السّلام فى رجلين اشتركا فى مال و ربحا فيه ربحا و كان المال دينا عليهما فقال احدهما لصاحبه اعطنى رأس المال و الرّبح لك و ما توى فعليك فقال (ع) لا بأس به اذا اشترط عليه و ان كان شرطا يخالف كتاب اللّه فهو ردّ الى كتاب اللّه عزّ و جلّ الحديث

قوله الّا انّ التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرّم له فيكفى الخ)

قد اضطرب كلام بعض المحشّين فى المقام و اتوا بما لا حاصل له بل ذكر بعضهم انّ عباره المتن فى بعض النّسخ يغاير ما ذكرناه و بالجمله ما افاده فى غايه الصحّه و الوضوح فانّ المتّصف بمخالفه الكتاب امّا يكون نفس الملتزم او التزامه و بعباره اخرى اتّصاف الشّرط بالمخالفه قد يكون من حيث المتعلّق و هو الملتزم و قد يكون باعتبار نفسه و هو الالتزام و ما يقال من انّ التزام ترك المباح لا ينافى اباحته فينحصر المراد فى المعنى الاوّل ففيه انّ الغايه اخراج التزام ترك المباح عن الالتزام المخالف و لا يلزم من هذا انحصار المخالفه بالمعنى الاوّل لانّ التزام فعل الحرام مخالف للكتاب و هو يكفى فى كونه مصداقا للمعنى الثّانى لوضوح انّه ليس من المعنى الاوّل و هذا على فرض التّسليم لما يقوله القائل مع انّ لنا منع ذلك و دعوى انّ التزام ترك المباح مخالف للكتاب و الرّوايه المتقدّمه كالصّريحه فى ذلك

قوله (ثمّ انّ المراد بحكم الكتاب و السّنه الّذى يعتبر الخ)

لمّا كان فى اشتراط كون الشّرط غير مخالف للكتاب توهّم انّ جميع الشّروط تكون امّا ممّا احلّت حراما او حرّمت حلالا او اوجبهما فيخالف ما دلّ عمومات الكتاب و السنّه او اطلاقاتهما عليه فانّ من شرط فى البيع ان يعطى احدا دينارا زائدا على الثّمن فقد خالف العمومات الدالّه على عدم وجوب ذلك و من شرط خيارا فى البيع فقد

خالف ما دلّ منهما على لزوم العقد و من الواضح انّ الشّروط المتّفق على جوازها انّما هو ايجاب ما ليس بواجب كالنّذر و العهد و نحوهما من الاسباب الشرعيّه المغيّره للحكم فلا يبقى للشّرط محلّ كان اللّازم توضيح المقام و بيان ضابط المخالفه على وجه يرفع الاشكال و لهم فى ذلك مسالك الاوّل ما سيجى ء فى المتن عن النّراقى ره الثّانى ما افاده جماعه من الاصحاب و هو انّ المراد لزوم كلّ شرط لم يرد فيه من الكتاب و السنّه ما يدلّ على الالزام بالفعل او التّرک على خلافه و انّ دليل الشّرط من المستثنى و المستثنى منه ليس الّا كقوله اطع اباك الّا فيما يخالف الشّريعه و معناه بحسب الفهم العرفى انّ الامر ملزم لما امر به فيما لم يكن للشّارع امر او نهى على خلافه فكلّ شرط رخّص فيه فى الكتاب و السنّه او كانا ساكتين عنه كان صحيحا و ملزما و كذا كلّ شرط وافق الكتاب فى لزوم فعل او تركه و يكون ح كالنّذر على فعل الواجب او ترک الحرام و كلّ شرط كان فى الكتاب امر او نهى على خلافه لم يصحّ من دون فرق بين ان يكون مخالفه الكتاب و السنّه لذلک الشّرط بالعموم او الخصوص و فرّق بعضهم بين ما كان الشّرط رافعا لما كان مشروعيّته بالنصّ عليه فى باب ذلك العقد بالخصوص كاشتراط ان لا يتزوّج فانّ الزّياده على الواحده منصوص بها فى الشّرع بالخصوص لقوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النّساء مثنى و ثلث و رباع و ما كان مشروعيّته بالعموم كاشتراط عدم اخراج المرأه من بلدها و عدّ الاوّل من الشّروط المخالفه للكتاب و السنّه دون الثّانى و لا وجه له و المثال الّذى ذكره للقسم الاوّل ليس من الشّرط المخالف للكتاب بالمعنى الّذى نقلناه من الاصحاب بل عدم جوازه لاجل ورود الدّليل الخاصّ من الاجماعات و الرّوايات على المنع من اشتراط عدم التّزويج عليها او التسرّى او نحو ذلک و امّا المثال الثّانى فواضح انّه ليس مخالفا للكتاب و السنّه و الى ما ذكرنا من المعنى اشار صاحب الجواهر حيث يقول فالمراد تحريم ما كان حلالا باصل الشّرع او بالعكس كاشتراط عدم الارث ممّن يرثه او شرب الخمر او الزّنا و نحوها بل التأمّل الجيّد يقضى بكون المراد بذلک بيان انّ الشّرط من الملزمات لكلّ ما هو جائز للمكلّف فعله او تركه و انّه ليس مؤسّسا للحكم الشّرعى و مثبتا له حتّى يكون محلّلا للحرام او بالعكس فيكون الضّابط ح فى السّائغ منه ما كان جائزا للمشترط عليه قبل الاشتراط و انّما اريد بالشّرط الالزام به و غيره ما لم يكن كذلك و مقتضى ذلك جواز اشتراط عدم البيع او الهبه او الوطى او نحو ذلك ضروره انّ للمشترط عليه مع قطع النّظر عن الشّرط ترک ذلک كلّه اللهمّ الّا ان ينعقد الاجماع على عدم الجواز و هو محلّ شكّ بل قد يقوى الظنّ بخلافه خصوصا بعد استدلال جماعه على البطلان بالمنافاه لمقتضى العقد الّذى هو كما ترى و خصوصا بعد ان سئل الصّادق

عليه السّلام فى الصّحيحتين عن الشّرط فى الامه لاتباع و لا توهب فقال يجوز ذلك غير الميراث فانّها تورّث لانّ كلّ شرط خالف الكتاب باطل و فى الاخر فهو مردود و نحوهما غيرهما و هما مع صراحتهما بجواز اشتراط عدم البيع و الهبه قد اشتملا على الاستثناء المشعر بما ذكرنا من تفسير الحلال و الحرام انتهى ما اردنا نقله الثّالث ما افاده المصنّف ره و حاصله انّ الاحكام المذكوره فى الكتاب و السنّه منها ما يقبل التّغيير بالشّرط لتغيير عنوانه و منها ما لا يقبل و ادلّه الشّروط حاكمه على القسم الاوّل دون الثّانى فانّ اشتراطه مخالف لكتاب اللّه و هذا يئول الى الوجه الاوّل بزياده توضيح لما هو الوجه فى ذلك و بيان انّ ما رخّص فيه فى الكتاب و السنّه من المباحات و المستحبّات و المكروهات انّما لم يكن الشّرط فيه مخالفا لهما فلانّ الحكم الثّابت بهما للشّى ء كان ثابتا له من حيث نفسه و مجرّدا عن ملاحظه عنوان اخر طار عليه و ما لم يرخّص فيه من الواجبات و المحرّمات انّما يكون الشّرط على خلافه مخالفا لهما فلانّ الحكم كان ثابتا للشّى ء حتّى مع وجود الطّوارئ الّا مثل الضّرر و الحرج و لعلّ الاوّل احسن فانّ ما افاده حسن فى نفس الامر و لكن لا يمكن جعله ضابطا لمعرفه الشّرط المخالف و الموافق لوضوح انّ اغلب ادلّه الاحكام الخمسه غير متكفّله لبيان انّ الحكم ثابت للشّى ء مع تجرّده عن ملاحظه العنوانات الطّاريه عليه أم ثابت له مطلقا غير مقيّد بتلك الحيثيّه و الملاحظه و استشكل السيّد الطّباطبائى ره على المصنّف فى حاشيته بانّ مقتضى كلام المصنّف قدّس سرّه و هو انّ الشّرط المخالف للوجوب و الحرمه من الشّرط المخالف للكتاب حيث انّ دليلهما مثبت لهما حتّى مع لحاظ وجود مثل الشّرط بخلاف الشّرط المخالف للاباحه هو جواز الشّرط المخالف لها و اختيها و لو كان الشّرط بمثل قوله بشرط ان يكون الملح حراما عليك فانّ المفروض انّ اباحته انّما هى مع عدم طروّ عنوان الشّرط فلا يكون شرطا مخالفا للكتاب و يدفعه انّ الشّرط هو الالزام و الالتزام بفعل او ترك لا تغيّر الحكم الشّرعى عمّا هو عليه و اشتراط ذلك محال لا من حيث مخالفته للكتاب بل من حيث انّ العباد غير قادرين على تغيير نفس الحكم من الوضعى و التّكليفى و بالجمله الشّرط انّما يصحّ فى الامور المقدوره و هو التزام الفعل او التّرك لا تغيّر الحكم عمّا هو عليه فالاحكام الوضعيّه اذا كانت ممّا جعله الشّارع تحت سلطنه الشّارط كما فى الحقوق و الاموال فلا اشكال فى تبدّلها بالشّرط لانّ الشّارع جعل له السّلطنه على ذلك و المنع عنه ينافى ذلك و من هذا القبيل اسقاط الخيار و نحوه الّا اذا قام دليل خاصّ على المنع من

تصرّف خاصّ كبيع المصحف من الكافر و نحوه و أمّا اذا كانت ممّا جعله الشّارع بعنوان انّه مجعول من قبله و يكون حكما محضا فان كان الدّليل المثبت له مهملا من جهه اشتراط خلافه بان لم يحرز كون اطلاقه فى مقام البيان حتّى من هذه الجهه فاشتراطه ليس مخالفا و مع الشّک لا بدّ من الرّجوع الى ما يقتضيه الاصل كما ستعرفه و ان كان له عموم او اطلاق مثل حكم الشّارع بكون الولاء لمن اعتق و ولد الحرّ حرّا و الطّلاق مفوّضا الى الزّوج لا يصحّ تبدّله بالشّرط لانّه مخالف للكتاب بل البطلان فى الحقيقه من جهه انّه غير مقدور الّا اذا قام دليل خاصّ على جواز شرط خلافه كاشتراط إرث المتمتّع بها او رقيّه من كان احد ابويه رقّا عند القائل بجوازهما بدعوى ورود الدّليل الخاصّ على ذلک و لكن لا يخفى عليک انّه لا يكون من التّخصيص فى عموم عدم جواز الشّرط المخالف و قد تقدّم انّه لا يرتاب فى ضعف القول بذلک بل الدّليل الخاصّ القائم على جواز شرط الخلاف الظّاهر فى التّخصيص يستكشف منه انّ اصل الحكم ممّا يقبل التّغيير بالشّرط و امّا الاحكام التّكليفيّه فالواجبات و المحرّمات منها لا يجوز اشتراط الخلاف فيها الّا اذا قام دليل خاصّ على جوازه فيستكشف منه تغيير الحكم الواجب او الحرام بالشّرط كسائر العوارض المجوّزه لفعل الحرام و ترک الواجب و لا اشكال ح فى صحّه الشّرط او كان دليل الحكم مهملا من جهه اشتراط خلافه بان لا يكون له اطلاق حتّى فى صوره اشتراط خلافه و لا بدّ ح من الرّجوع الى ما يقتضيه الاصل و امّا الثّلاثه الاخرى فان كان الشّرط تبدّل الحكم فلا يصحّ و ان كان مجرّد التزام فلا اشكال فى الصحّه الّا اذا قام دليل خاصّ على عدم جوازه

قوله منها كون من احد ابويه حرّ رقّا)

المشهور بين الاصحاب صحّه هذا الشّرط خلافا لجماعه منهم المحقّق و الشّهيد الثّانيان و الاقوى العدم لظهور الرّوايه المشار إليها فى انّ الحرّ لا يمكن ان يصير رقّا و يؤيّده اصاله عدم السّلطنه و تمام الكلام فى محلّه

قوله (و منها إرث المتمتّع بها

المشهور بل ما عليه المعظم هو عدم إرث المتمتّع بها و القول بالخلاف نادر جدّا و على المشهور وقع الخلاف فى انّه هل يصحّ اشتراطه أم لا ذهب الى كلّ فريق و الاقوى الاوّل لما رواه الكلينى فى الصّحيح عن ابى الحسن الرّضا عليه السّلام قال تزويج المتعه نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث ان اشترطت كان و ان لم تشترط لم يكن و عن قرب الاسناد للحميرى عن محمّد بن مسلم قال سألت أبا عبد اللّه كم المهر يعنى فى المتعه فقال ما تراضيا عليه الى ان قال و ان اشترطا الميراث فهما على شرطهما و ما رواه سعيد بن يسار عن ابى عبد اللّه (ع) قال سألته عن الرّجل يتزوّج المرأه متعه و لم يشترط الميراث قال ليس بينهما ميراث اشترط او لم يشترط فمضافا الى ما فى سنده من

المناقشه حمله الشّيخ ره فى الاستبصار على كون المراد بالاشتراط فيه اشتراط عدم الميراث اى اشترط عدم الميراث او لم يشترط و هو جيّد ثمّ انّ الاقرب عدم ظهور دليل الجواز فى شموله للاشتراط فى عقد آخر و لا اشكال ح فى الفرق بين افراد غير الوارث و افراد العقود بدعوى انّ هذا الاشتراط مخالف للكتاب الّا فى هذا المورد حيث يستكشف من دليل جوازه انّ اصل الحكم ممّا يقبل التّغيير بخصوص هذا الشّرط و لا ضير فيه كما مرّ فت

قوله (و منها انّهم اتّفقوا على جواز اشتراط الضّمان فى العاريه)

يعجبنى فى المقام بسط الكلام و تنقيح المسأله من حيث الدّخول فيها و الخروج عنها يتمّ ببيان امور و منه التّوفيق الاوّل جرت عاده الاصحاب فى كتاب الاجاره بعد بيانهم لماهيّتها و الحكم المترتّب عليها من حيث الجواز و اللّزوم ذكر الضّابطه المعروفه لمورد الاجاره و متعلّقها و ان عبّروا عنها بعبارات مختلفه كقول المحقّق فى الشّرائع و كلّما صحّ اعارته صحّ اجارته و قول الحلّى فى السّرائر كلّ ما يستباح بعقد العاريه يجوز ان يستباح بالاجاره الى غير ذلك ممّا يرجع الى معنى واحد و لم يذكروا هذه الضّابطه فى طىّ الشّرائط و اركان الاجاره و أوّل من صنع ذلك الشّيخ فى المبسوط و يستشكل فى هذه الضّابطه تاره بانّه لا وجه يقتضى لجعل مورد العاريه ضابطه لتشخيص مورد الاجاره اذ لم يرد به نصّ و لم يدلّ عليه دليل و ما ذكره بعضهم من التّعليل بانّ الاجاره لمّا كانت لنقل المنافع دون الاعيان فلا بدّ ان يكون موردها كمورد العاريه عينا لها منفعه مملوكه يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها و ذلك لان ينزّل العمومات و ادلّه الاجاره عليها فغايته انّهما سيّان فى اعتبار ذلك و انّهما معلولان لامر ثالث و يبقى سؤال الوجه عن جعل احدهما اصلا و الاخر فرعا له و ما يتخيّل من انّ الوجه هو سبق كتاب العاريه على الاجاره و ان كان الحكم فى موردهما واحدا و كانّهم استغنوا بهذه الضّابطه عن اعاده ما ذكروه فى العاريه فيدفعه انّه لو تمّ فانّما يصحّ وجها لمن قدّم تدوين كتاب العاريه على الاجاره كالشّيخ و ابن ادريس و المحقّق لا من قدّم كتاب الاجاره و جعل الضّابطه فيها ذلك كالمحكىّ عن العلّامه فى الارشاد و التّحرير و تاره بانّها منتقضه عكسا و طردا و ما يذكر بعنوان الميزان و الضّابطه من الواضح انّه ليس من قبيل العامّ و القاعده كى لا يضرّ بها خروج بعض الافراد بل لا بدّ ان يكون كالحدّ و المعرّف الحقيقى غير قابل للنّقض عليه اصلا فانّ معنى الضّابطه هو ما كان محيطا بجميع افراد الشّى ء من حيث الحكم و الفرق بين الحدّ و بينها ليس الّا كونه لبيان الماهيّه و تشخيصها و هى لبيان الافراد

من حيث لحوق الحكم و الّا لم يكن ضابطه و على هـذا فلا بدّ من جريان الاجاره فى كلّ مورد يجرى فيه العاريه و عدم جريانها فى كلّ مورد لا يجرى فيه العاريه و الاوجه فى بيان النّقض على الضّابطه المذكوره ان يق باختلافهما من حيث اعميّه احدهما من دون نظر الى موارد خاصّه فمن الواضح انّ دائره العاريه اوسع من دائره الاجاره و ذلك من جهتين الاولى من حيث انّه لا يشترط معلوميّه المنفعه فى العـاريه بخلاـف الاجـاره الّا ان يقال بانّ اوسعيّه العاريه من هـذه الجهه لا يقـدح فى الضّابطه المـذكوره لانّ المقصود هو اثبـات التّلاـزم بين مواردهمـا مع قطع النّظر عمّا يعتبر فى الاجاره من جهه مراعات المعاوضه الّتى هى الفارق بينهما الثّانيه من حيث انّه لا يشترط فى العاريه ان يكون المنفعه الّتى اسـتعير من جهتها العين مقوّمه متموّله يبـذل بإزائها بل يكفى فيها مجرّد كونهـا مقصوده للعقلاـء و يتعلّق بهـا غرض عقلاـئى و هـذا بخلاف الاجاره حيث يشترط فيها ان تكون المنفعه متموّله بل اضاف جماعه على هـذا الشّرط ان لا تكون المنفعه نادره و لاجله حكموا بفساد اجاره النّقـدين و لو للزّينه و قـد حكموا بصـحّه اعارتهما لها و ان كان يظهر من بعض الاشـكال فيها أيضا و يـدلّك على ما ذكرنا من اوسـعيّه دائره العاريه انّه لا اشـكال عندهم فى جواز عاريه العين للرّهن مع انّ الظّاهر من جماعه ممّن ذكر تلك الضّابطه عـدم جواز اجارتها له و ان كان يظهر من التّـذكره جوازها له أيضا و كذا لا اشكال فى جواز عاريه فحل الضّراب للنّزو مع انّه لا يجوز عندهم اجارته له و كذا لا اشكال عندهم فى جواز عـاريه الـدابّه للاسـتظلال مع انّه لاـ يجوز اجارتهـا له الى غير ذلك من مسائل كثيره فالمناقشه فى بعض الامثله لا يضـرّ فى دعوى اوسـعيّه دائره العاريه و قد صرّح بالاوسعيّه المشار إليها جماعه منهم العلّامه فى التّذكره حيث قال و لذا يجوز عاريه الفحل للضّراب و لا يجوز اجارته له

لاـ يقـال انّ غرضـهم من هـذه الضّـابطه هو انّ كـلّ عين تقع موردا للعاريه تقع موردا للاجاره فى الجمله و لو من غير الجهه الّتى باعتبارها تصحّ وقوعها عاريه لا تشـخيص موارد الاولى باعتبار تميّز موارد الثّانيه من كلّ جهه تصلح ان تقع العين باعتبارها موردا لها فالدابّه مثلا و ان لـم تصحّ ان تقع باعتبار الاستظلال بها موردا للاجاره الّا انّها يصحّ ان تقع موردا لها باعتبار الحمل و الرّكوب عليها و هكذا

فـانّه يقـال ليس مورد النّقض منحصـرا بمـا كـان للعين منفعتـان تبـذل الثّمن بإزاء إحـداهما دون الاخرى حتّى يمكن دفعه بهـذا الكلام بل يشـمل عينا لم تكن لها منفعه مقوّمه اصـلا و لها منفعه مقصوده و هـذا يكفى فى صـحّه النّقض هـذا مضافا الى بـداهه كون غرضهم من الضّابطه هو تشخيص مورد الاجاره باعتبار مورد العاريه من كلّ

جهه يقع منهـا العـاريه كمـا يرشـد إليه مـا ستسـمعه من النّقض بالمنفعه و غيرها و اسـتثناء بعضـهم عن الضّابطه المنحه و لو كان غرضـهم هو المشـابهه و لو فى الجمله لما كان مجال لما سـتعرفه من النّقض بالمنحه فانّ اعارتها جائزه بالنّص و الاجماع بخلاف اجارتها بالاجماع و هى بكسر الفاء فى اللّغه مطلق العطيّه و فى كلماتهم الشّاه الّتى استعيرت للحلب بفتح اللّام

فـان قلت انّ العـاريه كالاجـاره لا بـدّ ان يكون متعلّقها متموّلا فانّ العاريه عرّفوها بانّها تمليك المنفعه بلا عوض و ارادوا بالتّقييد بلا عوض خروج الاجاره عنها فانّها تمليك لها بالعوض

قلت أوّلا ـ شـرط التّمليـك انّمـا هو كون المنفعه قـابله للانتقال و التموّل و التقوّم بالمال شـرط للمعاوضه لا للتّمليك و ثانيا كون العـاريه تمليـك المنفعه محـلّ منع و انّمـا هى إبـاحه المنفعه و التّسـليط عليهـا و قـد اطبقت كلمتهم على عـدم جواز اعـاره العين المسـتعاره للمسـتعير معلّلين بكون الحاصل من العاريه إباحه التصـرّف فى المال بخلاف الاجاره و قد صـرّح العلّامه بذلك منزّلا ايّاهـا منزله إبـاحه الطّعام للضّـيف و قـد عرّفها جماعه بانّها عقـد شـرع لاباحه التصـرّف و ما صـرّحوا به أيضا من كون الفرق بين العاريه و الاجاره هو جعل العوض فى الثّانيه و عدمه فى الاولى الظّاهر فى كون العاريه تمليكا أيضا فلا بدّ ان ينزّل على التّمليك بـالمعنى الاـعمّ اى التسـلّط المطلق كيف و قـد صـرّح العلّامه بالفرق المـذكور مع انّه عرّفها فى محكىّ التّـذكره بانّها عقـد شـرع لابـاحه التصـرّف و قـد قـدّمنا فى اوائل بحث المعاطاه انّ الملكيّه ربط خاصّ بين المالك و المملوك و يختلف شـدّه و ضـعفا و يصحّ اطلاقه على إباحه التصـرّفات فراجع و يظهر ممّا ذكرنا فرق اخر بين العاريه و الاجاره و انّ الاولى إباحه و الثّانيه تمليك ثمّ انّ المتعرّضـين من الاصـحاب لبيـان النّقض سـلكوا سبيلا ـ غير مـا عرفته و اوردوه بموارد مخصوصه فاوردوا على عكس الضّابطه بعـاريه المنحه و على طردهـا باجـاره الحرّ نفسه و المرضـعه نفسـها الجـائزه بالاجماع و النّص و اجابوا عن هـذه النّقوض تاره بانّ الضّـابطه مبنيّه على الغـالب و اخرى بـانّ الغرض منهـا هو بيـان التّلاـزم بين مورد العـاريه و الاجـاره بـالنّظر الى الاصل و لا ينافى التخلّف من جهه قيام الدّليل من اجماع او غيره و فيهما ما لا يخفى على المتامّل لما عرفت من منافات الانتفاض مطلقا للضّابطه و لو نـادرا و من جهه الـدّليل الخـاصّ و ثـالثه بمنع كون المنحه اعـاره حقيقيّه بل هى مجرّد إباحه كغيرها من المباحات المسـتلزمه لتلف العين كوضع الطّعام قدّام الضّيف و فيه مضافا الى انّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم حيث عدّوا

المنحه من افراد العاریه و حکموا بخروجها حکما للدّلیل و الّا کان اللّازم الحاق غیر المنحه من البقر و الابل إلیها من غیر اشکال مع انّهم اختلفوا فیه انّ الظّاهر هو حصول التّملیک بالنّسبه الی اللّبن و لذا یترتّبون علیه احکام الملکیّه من جواز البیع و نحوه کما استقرّت علیه السّیره الّتی جعلوها دلیلا علی خروج عاریه المنحه عن مقتضی القاعده و هو عدم حصول ملکیّه للعین فیها و یظهر ما ذکرنا من انّ فی المنحه تملیک من کلام العلّامه فی التّذکره حیث انّه ذکر فی مقام الاستدلال علی جواز عاریه المنحه بصحیح ابن سنان و نحوه الواردین فی جواز دفع الغنم الی الغیر بسمن و دراهم معلومه لکلّ شاه مقدارا معلوما فی شهر ما نصّه فاذا جاز مع العوض فیه فهذا اولی فانّ الظّاهر منه انّ الجائز بلا عوض هو ما کان جائزا مع العوض و من المعلوم انّ الجائز مع العوض فیما استدلّ علیه هو تملیک اللّبن لا اباحته

فان قیل کیف یصحّ التّملیک فی المنحه مع انّه تملیک للمعدوم

قیل انّ هذا یرد علی القول بالإباحه أیضا فانّ إباحه المعدوم غیر جائزه کتملیکه لاتّحاد المناط مضافا الی انّ العرف ینزّل المعدوم اذا کان له شأنیّه الوجود منزله الموجود و الملکیّه من الامور الاعتباریّه العرفیّه

فان قلت لو کان فی المنحه تملیک للبن لزم عدم جواز رجوع المالک الی ما یستحلبه المستعیر من اللّبن و جواز الرّجوع فی العاریه لا یستلزم جواز الرّجوع فیه لانّ الفرض عدم وقوعه موردا للعاریه

قلت المفروض حصول الملکیّه بعنوان العاریه فیلزمه جواز الرّجوع فیه أیضا هذا نعم علّل بعضهم کونها علی خلاف الاصل بانّها یستلزم اتلاف العین و هذا یناسب کونها إباحه و اذن فی الاتلاف لا انّها تملیک و علی ایّ حال فهنا اشکال و هو انّ جعل عاریه المنحه نقضا للضّابطه المذکوره و الحکم بکونها من افراد العاریه خرجت عن حکمها بالنّص و الاجماع کیف یجامع اخذهم عدم اتلاف العین فی مفهوم العاریه و موضوعها سواء کانت موردا لها او ثمره و منفعه لها و الظّاهر اطباقهم علی ذلک کما اطبقوا علیه بالنّسبه الی مفهوم الاجاره أیضا و من هنا التجأ صاحب الجواهر الی الالتزام بکون العاریه إباحه مطلقه و یمکن ان یقال انّ جعل المنحه من افراد العاریه انّما هی بالمسامحه من حیث انّ العرف یطلقون علیها العاریه کما یطلقون فی الاجاره علی تملیک منافع البستان او یقال انّها من افراد العاریه حقیقه بمعنی انّ مالک الشّاه انّما یدفعها للانتفاع من عینها مع الرّضا باتلاف بعض المنافع العینیّه مقرونا بالانشاء الّذی ینشأ فی سائر افراد العاریه فهی عاریه فاسده لعدم تحقّق موضوعها و لکنّها محکومه بالصحّه فهی علی خلاف الاصل من هذه الجهه و هذا نظیر ما ذکره المشهور فی باب المعاطاه من انّ البائع یقصد التّملیک و لکن لا یحصل الّا الاباحه

الامر الثّانی

اتّفقوا على جواز اشتراط الضّمان فى العاريه و الاصل فى ذلك النّصوص الخاصّه المستفيضه منها صحيحه الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السّلام اذا هلكت العاريه عند المستعير لم يضمنه الّا ان يكون قد اشترط عليه و ستعرف عدم منافاه شرط الضّمان فيها لمقتضى العقد و الاشكال بانّه يكون شرطا فى عقد جائز و هو غير لازم و الّا لزم مزيّه الفرع على الاصل من الاجتهاد فى مقابله النصّ على انّ هذا الشّرط يئول الى الرّضا بالعاريه مع هذا القيد

الامر الثّالث انّ العين المستاجره امانه و لا يضمنها المستاجر الّا بتعدّ و تفريط امّا كونها امانه فلصدقها عليها لغه و عرفا فانّها عباره عن كلّ مال سلّط المالك عليه بالمعنى الاعمّ مع اطمينانه بانّه يردّ عليه سواء كان بعنوان الوديعه او العاريه او الوكاله او الاجاره و ليس لها حقيقه شرعيّه او متشرّعه حتّى يتكلّم فى صدقها على العين المستاجره و ليس صدق الامانه على الاجاره الّا بهذا الاعتبار لا باعتبار ثبوت استحقاق الموجر فيها لانّ هذا ليس مناط الامانه قطعا و لذا يصدق على الوديعه و العاريه أيضا مع عدم استحقاق فيهما و لا يختلف الامر فيما ذكرنا فى معنى الامانه بين ما كانت مالكيّه او شرعيّه غايه الامر كون الأمن فى الاولى هو المالك المجازى و فى الثّانيه المالك الحقيقى و هذا لا يوجب اختلاف المعنى و انّما يوجب اختلاف النّسبه و امّا عدم ضمانها فى غير صوره التعدّى فللاجماع عليه بل على عدم ضمان كلّ امين مع القيد المذكور و اصل الدّليل على هذه الكليّه الاخبار الكثيره المتفرّقه فى ابواب العقود المبتيّه على الاستيمان و كانّهم يشيرون فى كلّ باب الى كبرى مفروغ عنها مضافا الى اخبار خاصّه وارده فى الاجاره سنذكر بعضا منها إن شاء اللّه تعالى تدلّ بمفهومها على ذلك و بناء على ما هو الصّواب من انّ النبوّى المشهور على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى يشمل يد الامانه و لا يختصّ باليد العاديه تكون هذه الاخبار حاكمه عليه لا مخصّصا له كما قيل و هل يجرى عدم الضّمان بعد انقضاء مدّه الاجاره أم لا و بعباره اخرى هل العين باقيه على الحاله السّابقه فى كونها امانه مالكيّه أم تكون امانه شرعيّه يجب الردّ فورا و لو لم يطالب المالك فيضمنها مع الاخلال بالردّ الظّاهر هو الاوّل فيجرى عليها حكم السّابق للاستصحاب و اطلاق ادلّه الامانه فلا يجب الردّ فورا نعم عليه التّخليه بينها و بين المالك و يحتمل كونها شرعيّه لانّ الامانه المالكيّه كانت مقيّده بزمان الاجاره و امّا الضّمان فى صوره التعدّى و التّفريط فبالاجماع و دلاله الاخبار العامّه كالنبوىّ المذكور مضافا الى اخبار خاصّه وردت فى المقام كصحيحه علىّ بن جعفر عن اخيه ابى الحسن (ع) قال سألته عن الرّجل استاجر دابّه فاعطاها غيره فنفقت ما عليه فقال ان كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها و ان لم يسمّ فليس عليه شى ء و صحيحه الحلبى سألت أبا

عبـد اللّه (ع) عن رجـل يكـارى دابّه الى مكان معلوم فنفقت الـدابّه قال ان كان جاز الشّـرط فهو ضامن و ان دخل واديا لم يوثق منهـا فهو ضامن و ان سـقطت فى بئر فهو ضامن لانّه لم يسـتوثق منها و صـحيحه ابى ولّاد المعروفه الى غير ذلك و بالتعـدّى هل يخرج الامين عن كونه امينا موضوعا او انّه باق على امانته و يخرج حكما لا ربط له بالمقام

الامر الرّابع هل يكون لشـرط الضّـمان فى الاجاره تاثير فيه كما فى باب العاريه أم لا كما فى باب الوديعه المشهور الثّانى بل عن جامع المقاصد انّه المقطوع به و عن الاردبيلى و السّبزوارى طاب ثراهما الميل الى الصـحّه و اختاره جمال الدّين الخوانسارى فى حاشـيه الرّوضه و قـد جنـح إليه سـيّد الريـاض و اسـتدلّ كـلّ من الطّائفتين بوجوه لا بـدّ من ذكرها و تعقيبها بما يرد عليها و ادلّه المـانعين وجوه الاوّل انّ الشّـرط المـذكور مناف لمقتضـى الامانه المتحقّقه بالاجاره فتكون فاسـده و فيه المنع عن اقتضاء الامانه عدم الضّـمان من حيث الذّات و ما ثبت من ادلّه الامانه عدم اقتضائها له فلا ينافى ثبوت الضّمان من جهه سبب خارجىّ كالشّرط و نحوه و الّما كان شـرط الضّـمان فى يـد العاريه منافيا لمقتضـى الامانه و هو كما ترى الثّانى انّه مناف لخصوص عقـد الاجاره و استدلّ بهذا المحقّق و الشّهيد الثّانيان الثّالث ما ذكره فى الجواهر من معارضه ما دلّ على تأثير الشّرط مثل قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم بما دلّ بعمومه على عدم ضـمان الامين اشترط او لم يشترط و النّسبه عموم من وجه فيرجّح الثّانى على الاوّل بالشّهره و الاصل و يـدفعه أوّلا انّه لا معنى للحكم بالتّعارض بين العامّين فانّ مقتضـى ما دلّ على عـدم ضـمان الامين ان كان ثبوت اقتضاء عـدم الضّـمان كـان حاكمـا على ادلّه الشّروط بل واردا من حيث انّ الشّـرط الّـذى يجب الوفاء به انّما هو الشّـرط المقيّـد بعـدم مخالفته للكتاب و السـنّه و ان كان عدم ثبوت اقتضاء الضّـمان على ما مرّ الاشاره إليه من كونه حاكما على ما دلّ على سببيّه اليد للضّـمان مـط من غير زيـاده فى دلالـته على ذلـك فلا اشـكال فى عـدم المعارضه بينهما أيضا لانّ عـدم الضّـمان من جهه عـدم المقتضى لا ينافى ثبوته بالسّبب و ثانيا لو سلّم المعارضه لا وجه للتّرجيح المذكور لما تقرّر فى محلّه من انّه لا معنى لترجيح احد الظّـاهرين على غيره من جهه موافقته لظنّ غير لفظىّ لم يقم على اعتبـاره دليـل فضـلا عن ترجيحه بـامر تعبّـدى لا دخل له بالظنّ اصلا كاصاله البراءه و بالجمله عدم ترجيح الدّلاله لظنّ خارجىّ لا دخل له باللّفظ امر ظاهر لا ستره فيه بل الحكم فى صوره عدم وجود المرجّح الدّلالى بين العامّين هو التّساقط فى مورد الاجمال و الرّجوع الى الاصول اللفظيّه ان كانت و العمليّه ان لم تكن و ثالثا لو سلّم المعارضه أيضا فلقائل ان يقدّم القول بتأثير الشّرط لانّ مع فرض التّعارض يبقى الشكّ مستقلّا فى الضّمان فى صوره

الشّرط فيرجع الى عمومات الضّمان بل يمكن ترجيح عمومات تأثير الشّرط بها الّا ان يقال انّ المتعيّن هو ملاحظه التّعارض بين ادلّه تأثير الشّرط الشّامله بعمومها لمورد الاجاره و ادلّه عدم الضّمان فى خصوص الاجاره اشترط أم لا و هى ما تقدّم من مفهوم الاخبار الدالّه على الضّمان بالتعدّى فيرجّح الثّانى بما دلّ على عدم ضمان الامين مط او يرجع إليه بعد الحكم بتساقطهما فانّ ما دلّ على عدم ضمان الامين مقدّم على ما دلّ على سببيّه اليد للضّمان لكونه حاكما عليه و الاشكال بانّ المفهوم لا يعارض المنطوق حتّى يكون مساويا له فيتساقطان و يرجع الى غيرهما فكيف بترجيح المفهوم مدفوع بانّ بعد تسليم حجيّه المفهوم لا معنى لهذا الكلام فانّ ظهور الجمله فى المفهوم لخصوصيّه ناشئه عن المنطوق فلا يقصر ظهور الكلام فى الاوّل عن ظهوره فى الثّانى و الحجيّه فى كلّ منهما للظّهور اللفظى و توضيحه انّ دلاله المنطوق على المفهوم انّما هى لخصوصيّه فى معنى الجمله الملقاه تفيد دلالتها عليهما على حدّ سواء من دون ضمّ مقدّمه خارجيّه و الغايه انّها على المفهوم بالتّبعيه و بواسطه فاء بينهما عند التعمّق و الّا فلا فصل فى مقام الدّلاله و الظّهور نظير استتباع العلّه معلولها و كلاهما وجود تنزيلىّ لالفاظ تلك الجمله حيث انّ اللّفظ وجود تنزيلىّ للمعنى و بالجمله حيث انّ المتّبع هو قوّه ظهور الكلام و قد قرّرنا فى محلّه انّ المفهوم هو حكم خبرىّ او انشائىّ يستلزمه خصوصيّه فى معنى الحكم المنطوق و لا يقصر دلاله الجمله على مدلوله الثّانوى عن دلالته على المدلول الاوّلى فالتّعارض واقع حقيقه بين المنطوقين و لو سلّم انّ المنطوق أقوى ظهورا من المفهوم نوعا الّا انّه فى المقام و امثاله ان لم يدّع ترجيح الثّانى فلا اقلّ من الحكم بالتّسويه بينهما لانّ المفهوم فى المقام من جهه خصوصيّه مورده و قلّه افراده فى حكم الاخصّ مط بالنّسبه الى ادلّه الشروط و ان كانت النّسبه واقعا هى العموم من وجه و ذلك لما تسالموا عليه من انّ الاقلّ افرادا من العامّين المتعارضين اظهر فى الدّلاله من الاكثر افرادا و من الواضح انّ اللّازم على الفقيه أوّلا اتّباع الظّهور الشّخصى و مع عدم احرازه يرجع الى الظّهور النّوعى و لذا قد يقدّم العامّ على الخاصّ و المطلق على المقيّد و هكذا الامر فى كلّ ما يكون بحسب النّوع او الصّنف اقوى من غيره بحسب الدّلاله مع كونه اضعف منه فى مورد خاصّ بل ربما لا يكون للفظ ظهور نوعا فى معنى و يكون له ظهور فيه بنظر الفقيه فى خصوص المقام الا ترى الى ما افاده المحقّق القمّى ره فى دلاله آيه النّبا باعتبار التّعليق على الوصف على المفهوم فى خصوص الآيه مع ذهابه الى عدم دلاله التّعليق المذكور نوعا على المفهوم و على اىّ حال فقد عرفت انّ الحقّ هو عدم التّعارض رأسا و امّا ادلّه الآخرين فوجوه الاوّل عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد و الشّرط و ليس هذا الشّرط منافيا للامانه لما عرفت من عدم منافاته لذات العقد كما انّ ثبوت حكم كالضّمان بالشّرط لا يجعله مشرّعا فانّ ثبوت الضّمان

فی الحقیقه لیس باقتضاء الشّرط له و انّما الشّرط یؤثّر فی رفع المانع عن مقتضی الید علی انّه لو صحّ هذا الکلام و کان الشّرط مشرّعا لجری فی جمیع موارد الشّروط فی ابواب المعاملات و هو کما تری و هذا عمده ادلّه المجوّزین و ستعرف الجواب عنه بما لا مزید علیه إن شاء اللّه تعالی الثّانی ما دلّ علی ثبوت الضّمان علی المستعیر بالشّرط بناء علی دعوی شمول العاریه بحسب اللّغه للاجاره أیضا و الجواب انّه لو سلّم الدّعوی المذکوره بحسب اللّغه فلیس الکلام فی صحّه استعمال احد اللّفظین مکان الاخر و من الواضح انّ کلّا منهما فی الشّرع و العرف عنوان مستقلّ له احکام خاصّه و قد عرفت شطرا من الکلام فی ذلک الثّالث ما دلّ من الاخبار علی ضمان الصّانع و الاجیر و الملّاح و منها المرویّ فی کافی و التهذیب عن موسی بن بکر عن ابی الحسن (ع) قال سألته عن رجل استاجر سفینه من ملّاح فحملها طعاما و اشترط علیه ان نقص الطّعام فعلیه قال جائز قلت انّه ربما زاد الطّعام قال فقال یدّعی الملّاح انّه زاد فیه شیئا قلت لا قال لصاحب الطّعام الزّیاده و علیه النّقصان اذا کان قد اشترط علیه ذلک و الجواب انّ الکلام فی ضمان المستاجر بالشّرط لا فی ضمان الموجر به کما هو مدلول تلک الاخبار کما لا یخفی ثمّ انّ الحقّ هو المنع و ذلک من وجوه الاوّل ما تقدّم فی طیّ ادلّه المانعین من منافاته لمقتضی عقد الاجاره و هی من وجهین احدهما انّ المستاجر بعد دفع عوض المنفعه الی الموجر و استحقاقه للانتفاع بالعین یصیر فی الحقیقه نائبا عنه فی التصرّف فی العین فالتّلف فی یده تلف فی ید الموجر و لا معنی لتضمینه و لیس الامر فیه کالعاریه فانّه لا استحقاق للمستعیر فیها اصلا و ان امکن المناقشه فی هذا بانّ مقتضی المعاوضه کون المستاجر مستقلّا فی الاستیفاء لا نائبا عن الموجر فانّه یستحقّ الاستیفاء لنفسه بمقتضی التّعاوض الواقع بینهما فت ثانیهما انّ اخذ العین فی الاجاره انّما هو لمصلحه الموجر فانّ المنفعه تعود إلیه و المستاجر بدفع العوض کانّه یأکل من ماله بخلاف الموجر فانّه یأخذ العوض بدلا عن منفعه ماله بل هو عینها و الاجاره تجاره له فالاجاره نظیر الودیعه فی کونها من جهه مصلحه المالک و ان لم یکن مثلها فی الوضوح و کلّ عقد یکون مبتیّا علی مصلحه المالک لم یکن لشرط الضّمان فیه علی الأخذ وجه معقول کما انّ کلّ اخذ یکون لمصلحه الأخذ لا مانع من شرط الضّمان فیه و یؤیّد ما ذکرنا من المنافاه حکم العرف بذلک و بانّ العین المستاجره تهلک باجرتها فانّ ذلک انّما هو من جهه منافاه ضمان المستاجر عندهم لمقتضی الاجاره و الاشکال بانّه لا دلیل علی اعتبار بناء العرف فی امثال المقام لا وجه له من جهه انّ بعد احراز بنائهم علیه یستکشف انّ مقتضی العقد عندهم ذلک و من المعلوم انّهم المرجع فی تشخیص مقتضیات العقود بعد فرض کونها من العرفیّات الممضاه عند الشّارع کما انّ الاشکال بانّ حکمهم بذلک فی صوره الاطلاق لا الاشتراط بعید عن الانصاف بل الظّاهر انّه من جهه اقتضاء ذات الاجاره

و ان شئت توضيح هذا المقال فلا بدّ من بيان الحال فى العقود المتضمّنه للاستيمان على سبيل الاجمال فنقول امّا الوديعه فلا ريب فى فساد شرط الضّمان فيها و قد اطبقت عليه كلمتهم من جهه منافاته لذات العقد من وجهين الاوّل تمحّضها فى الاستنابه كما قضى به تعريفهم لها بانّها الاستنابه فى الحفظ و من الواضح انّه لا معنى لشرط الضّمان على النّائب بعد فرض كونه نائبا لرجوعه الى شرط ضمان المنوب عنه و تضمين المالک نفسه غير معقول فكذلک ما يئول إليه و علّل فساد الشّرط فى الوديعه فى محكىّ التّذكره بانّ يد الودعىّ بمنزله يد المستودع فلا يتعقّبها الضّمان الثّانى كونها مبتيّه على الاحسان الى المودع و لمصلحته و لذا ذكر جماعه انّ قبول الوديعه من الواجبات الكفائيّه من حيث كونها من المصالح العامّه و ممّا يتوقّف عليه النّظام فيجب فى الحكمه ايجابه على الحكيم تعالى و هو ممّا يتعيّن على الشّخص مع عدم وجود من يقوم به الكفايه و مع كونها مبتيّه على الاحسان فلا يعقل شرط الضّمان فيها لا المجرّد نفى السّبيل على المحسن حتّى يقال انّ المفروض اقدام المحسن بنفسه على قبول الشّرط بل لمنافاته لاصل وضع العقد و تشريعه و امّا العاريه فلا ريب فى عدم منافاه شرط الضّمان فيها لمقتضى وضع العقد من جهه عدم وضعها على الاستنابه و مراعاه مصلحه المالک بل موضوعه لمصلحه المستعير نعم مع الاطلاق و عدم الشّرط لا تقتضى الضّمان من جهه كونها امانه و هى مانعه عن تأثير اليد فى الضّمان و امّا مع الشّرط فلا و لا يأبى العرف و لا الشّرع عن هذا الشّرط بعد ما كانت لمصلحه المستعير رعايه لحفظ الاموال و اقدام النّاس على هذا الامر الخير بل قد حكم الشّارع فى بعض العوارى بالضّمان من دون شرط أيضا كعاريه النّقدين و حكم جمع كثير به فى العاريه للرّهن لا من جهه ورود نصّ بل من جهه انّ وضع الرّهن فى اصله يقتضى كون العين فى عهده المستعير و ان امكن المناقشه فيها بانّ التّبانى على كون المال فى عهده المستعير على تقدير بيع المرتهن لا يقتضى التّبانى عليه على تقدير التّلف بغيره و امّا الاجاره فهى عند التأمّل ملحقه بالوديعه لما ذكرنا من جريان الوجهين المذكورين فى الوديعه فيها أيضا و ان لم يكن بذلک الوضوح و منه يعلم انّه لا اشكال فى صحّه اشتراط الضّمان على الموجر كصاحب السّفينه و المكارى و نحوهما فانّ الامر فيه على العكس من محلّ البحث حيث انّ الشّرط فيه على الموجر و الاجاره لمصلحته و امّا سائر عقود الامانات كالمضاربه و المساقاه و المزارعه و الرّهن و الوكاله سواء كانت مع الجعل او بدونه و نحو ذلک فالظّاهر اتّحاد حكم شرط الضّمان فيها على اخذ العين مع حكمه فى الاجاره صحّه و فسادا و من قال بصحّه الشّرط المذكور فى الاجاره فلازمه هو القول بها فى هذه العقود و ان لم نقف على كلام من المجوّزين فى الاجاره على الجواز فيها و ما عثرنا عليه هو النّقل عن جماعه من القائلين بفساد الشّرط فى الاجاره فساده فى هذه العقود

و عن التّذكره فى باب المضاربه انّه لو شرط على العامل الضّمان فسد لمنافاته لعقد المضاربه و عن الشّهيد فى الدّروس فى باب الرّهن انّه لو شرط الضّمان على المرتهن بطلا و ظاهره كون الشّرط باطلا و مبطلا و على ایّ حال فسّر الاتّحاد هو جريان كلا وجهى المنع فى الاجاره فى الوكاله بلا جعل و هو واضح و جريان الوجه الثّانى فى غيرها و ذلك لانّ اخذ العين فى تلك العقود لمصلحه المالك امّا غير الرّهن فانّ النّفع فيه يعود الى المالك و ما ينتفع به الأخذ فهو شى ء بإزاء عمله و انّما يصل إليه بدل المشقّه التى اصابته بخلاف المالك فانّه يتّجر بماله حقيقه و امّا الرّهن فالمرتهن انّما يأخذ العين من جهه الوثيقه و عدم ورود الضّرر عليه و من ينتفع به انّما هو الرّاهن حيث ينتفع به بجعله رهنا مع بقائه على ملكه الوجه الثّانى موثّقه اسحاق بن عمّار المرويّه فى كافى و التهذيب قال اخبرنى من سمع أبا عبد اللّه عليه السّلام يقول و قد سأله رجل و أنا عنده فقال له رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال له ابيعك دارى هذه و تكون لك احبّ إلىّ من ان يكون لغيرك على ان تشترط لى انّى اذا جئتك بثمنها الى سنه تردّها علىّ قال لا بأس بهذا ان جاء بثمنها الى سنه ردّها عليه قلت فانّها كانت فيها غلّه كثيره فاخذ الغلّه لمن تكون الغلّه فقال الغلّه للمشترى الا ترى انّها لو احترقت لكانت من ماله وجه الدّلاله انّه اطلق فيها الحكم بكون المنفعه مال المشترى و لم يقيّد بعدم اشتراط الضّمان على البائع ثمّ عقّب بما هو فى قوّه التّعليل و هو ورود الخساره عليه على تقدير الهلاك فهى تدلّ بالإطلاق او العموم على انّ التّلف من مال المشترى على كلّ تقدير و من عموم العلّه يستكشف اطّراد التّلف من مال المالك و يشمل المقام و هو اجاره العين مع اشتراط الضّمان على المستاجر و بعموم العلّه يندفع ما يمكن ان يقال انّ الحكم مبنىّ على الغالب و فرض الاشتراط نادر الوجه الثّالث النبوّى المرسل و هو قوله (ص) الخراج بالضّمان المجبور بالعمل و المتلقّى بالقبول فانّ مقتضى مقابله الخراج بالضّمان كون التّلف فى المقام من المالك لا من المستاجر لما عرفت من عود النّفع حقيقه الى المالك و هو معنى قولهم من له الغنم فعليه الغرم و هذا بخلاف العاريه فانّ المنفعه تعود الى المستعير

لا يقال فاللّازم هو الحكم بضمان المستعير من دون الشّرط أيضا لانّ الخراج يعود إليه و المفروض انّ الامانه لا يقتضى عدم الضّمان حتّى ينافيه

فانّه يقال و ان كان التّبادر البدوى من الحديث ذلك و لاجله ذهب جماعه من العامّه الى اقتضاء مطلق العاريه الضّمان الّا انّه قد عرفت انّ مقتضى التأمّل خلافه و ليس المتبادر من الخراج ما يعمّ المأخوذ بعنوان العاريه و قد تقدّم بعض الكلام فى معنى الحديث فى الامر الثّالث من الامور المتفرّعه على عدم تملّك المقبوض بالعقد الفاسد فراجع

لا يقال الخراج الّذى يصل الى المالك انّما هو بإزاء ما ينتفع من ماله و ليس عوضا عن العين فى باب الاجاره

فانّه

يقال ليس المأخوذ فى الحديث عقد المعاوضه كى يقال انّ المعاوضه فى الاجاره لم يقع على العين و انّما المراد منه على ما عرفت كون تلف العين ممّن يعود إليه المنفعه و هذا غير مرتبط بالمعاوضه

لا يقال المراد من الحديث انّ عود النّفع الى الشّخص موجب لسقوط تاثير يد الغير على المال للضّمان و لا ينافى ذلك حصول سبب اخر يقتضى له نظير ما ذكرتم فى مطلق الامانات من انّ المراد ممّا ورد فيها من عدم الضّمان هو عدم اقتضاء الامانه بذاتها للضّمان و سقوط اليد عن التّأثير لا اقتضائها عدم الضّمان

فانّه يقال قضيّه مقابله الخراج بالضّمان هو كون وصول النّفع الى الشّخص مقتضيا لكون تلف المال منه كاليد المقتضيه لتغريم ذى اليد المستولى على مال الغير و هذا واضح جدّا

لا يقال مقتضى صحيحه ابى ولّاد و غيرها هو تغريم المستاجر و ضمانه للعين و قد ردّ الامام عليه السّلام حكم ابى حنيفه بعدمه و ضمان المالك

فانّه يقال حكمه عليه السّلام بضمان المستاجر انّما هو من جهه التعدّى حيث انّ المفروض فى الصّحيحه هو انتفاع المستاجر بالعين ازيد ممّا قوبل بالعوض و من دون اطّلاع مالكها و نحن لم ندّع انّ معنى النبوّى نفى وجود سبب للضّمان رأسا حتّى ينافى ما حكم به الامام فى الصّحيحه بل المدّعى انّ مقابله الضّمان بالمنفعه فى النبوّى يقتضى عدم تأثير الشّرط بحيث يكون حاكما او واردا على ما يقتضى ضمان المالك فتدبّر

الامر الخامس يعلم ممّا فصّلناه من عدم جواز اشتراط الضّمان على المستاجر اذا لم يكن عن تعدّ و تفريط حكم اشتراط عدم الضّمان عليه معهما فانّ المسألتين على نهج واحد فتبصّر

قوله (و منها اشتراط ان لا يخرج بالزّوجه الى بلد آخر)

و يدلّ على الجواز بعد عموم ادلّه الشّروط الصّحيح الّذى رواه الكلينى عن هشام بن سالم عن ابى العبّاس عن ابى عبد اللّه (ع) فى الرّجل يتزوّج المرأه و يشترط ان لا يخرجها من بلدها قال يفى لها بذلك او قال يلزمه ذلك و ما رواه الشّيخ فى يب عن ابن ابى عمير قال قلت لجميل بن درّاج رجل تزوّج امرأه و شرط لها المقام بها فى اهلها او بلد معلوم فقال فقد روى اصحابنا عنهم عليهم السّلام انّ ذلك لها و انّه لا يخرجها اذا شرط ذلك لها و يؤيّده ما رواه أيضا فيه عن الثّلاثه عن جعفر عن ابيه عليهما السّلام انّ عليّا عليه السّلام كان يقول من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فانّ المسلمين عند شروطهم الّا شرط حرّم حلالا او احلّ حراما

قوله (و مرجع هذا الاصل الى اصاله عدم ثبوت هذا الحكم)

لمّا لم يكن لعدم المخالفه بنحو ليس النّاقصه حاله سابقه حتّى يجرى اصاله عدمها لانّها لم تكن مسبوقه بالعدم مع وجود موضوعه و بعباره اخرى قبل الشّرط لم يكن شرط حتّى يكون موافقا او مخالفا و بنحو ليس التّامه اى العدم الازلى و ان كان

له حاله سابقه لكنّه لم يؤخذ موضوعا حتّى يثمر اصاله عدمها رجع الى الاصل الثّانى و لا يخفى انّه لا يفيد أيضا فانّه مثبت لانّ المقصود احراز عدم المخالفه امّا من حيث انّه شرط و امّا من حيث انّ المخالفه مانعه و هذا الاصل ليس عدم مخالفه الشّرط الفلانى اثرا له و بالجمله الظّاهر انّ المرجع هو الاصل المسبّبى و هو اصاله عدم نفوذ الشّرط

قوله (ثمّ انّ بعض مشايخنا المعاصرين)

هو الفاضل النّراقى ره فى العوائد

قوله (بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب)

اشار المصنّف ره بذلك الى خلاف النّراقى ره لما افاده سابقا من انّ المتّصف بمخالفه الكتاب امّا نفس المشروط و الملتزم و امّا ان يكون التزامه الخ

قوله (و ممّا ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعيّه

ذكر قدّس سرّه فى معنى الرّوايه وجوها ثلاثه الاوّل ما استظهره من انّ المراد من الحلال و الحرام فى الرّوايه ما كان كذلك بظاهر دليله حتّى مع الاشتراط الثّانى ما حكاه بقوله و ربما قيل فى توجيه الرّوايه و توضيح معناها و القائل هو الفاضل النّراقى ره فى العوائد الثّالث ما حكاه عن المحقّق القمّى ره

قوله و بالجمله فالفرق بين التّزويج و التسرّى)

هذا اشكال آخر على معنى الرّوايه فلا تغفل

قوله (و للنّظر فى مواضع من كلامه مجال)

منها عدّه جعل المكروه او المستحبّ واجبا و جعل المباح حراما من الحرام مع وضوح عدم كونه كذلك ما لم يقصد التّشريع و منها الفرق بين النّذر و الشّرط و الحكم بالصحّه فى الاوّل دون الثّانى و لا وجه له اصلا فانّ النّذر أيضا يشترط فيه ان لا يكون محلّلا للحرام و محرّما للحلال و قد ورد هذا الاستثناء أيضا فى الحلف الّذى هو مثل النّذر و منها استظهاره من تحليل الحرام و تحريم الحلال الواردين فى الرّوايه تأسيس القاعده من تعلّق الحكم بالحلّ او الحرمه على سبيل العموم و تخصيصه الحلال و الحرام المذكورين فيها بالكلّى مع انّهما منكرين و يعمّان الكلّى و الجزئى و من الواضح صدق التّحليل و التّحريم مع النّظر الى خصوصيّه الفرد و لا يلزم فى صدقهما كون الحكم كليّا و منها انّ الظّاهر عدم الفرق بين اشتراط عدم التّزويج و التسرّى و اشتراط البيع الخاصّ مع انّه استشكل فى الاوّل و اجاز الثّانى

[من الشروط أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد]

قوله (الشّرط الخامس ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد

مقتضى العقد امّا يقتضيه مطلق العقد و ذاته و امّا يقتضيه العقد المطلق و المراد بالاوّل كلّ ماله دخل فى تحقّق ماهيّه العقد و بانتفائه تفوت الماهيّه كالخروج عن ملك النّاقل و الدّخول فى ملك المنقول إليه فى العقود المملّكه للعين او المنفعه او الانتفاع فانّ البيع و الاجاره و الصّلح مثلا تقتضى بذاتها المعاوضه فلو كان بدون العوض او بدون التّمليك لم يتحقّق ماهيّه المعامله و مثل ذلك كون المضاربه معامله بحصّه من الرّبح و المزارعه معامله على الارض بحصّه من النّماء و المساقاه

معامله علی الاصول بحصّه من الثّمره فانّ کون الرّبح مشترکا بین العامل و المالک فی المضاربه و المزارعه و المساقاه و کون السّبق للسّابق فی المسابقه و نحو ذلک من الامور الّتی اعتبرت فی ماهیّه العقود و لو انتفی لم یکن العقد بذاته و ماهیّته علی ما شرع فی الاصل و کذا ما یکون من اللّوازم و الآثار الخارجیّه لماهیّه العقد کالتّسلیط علی التصرّف فی التّملیکات فکلّ ما یکون محصّلا لذات العقد و بانتفائه تفوت الماهیّه سواء کان من الارکان الدّاخلیّه او اللّوازم و الآثار الخارجیّه یسمّی مقتضیات العقد و یکون اشتراطه و ذکره فی العقد مؤکّدا و اشتراط ما ینافیه باطلا و المراد بالثّانی کلّ ما یقتضیه العقد بوصف اطلاقه و خلوّه عن الشّرط و القید فیقتضیه حیث لم یقیّد بوصف او وقت او مکان او نحوها سواء کان من آثاره المترتّبه علیه عرفا کاقتضائه التّسلیم و التسلّم و کون الثّمن نقدا و کونه من نقد البلد او من الحقوق المجعوله شرعا کخیار الحیوان للمشتری و خیار المجلس للمتعاقدین و ما یقتضیه الاطلاق قابل للتّغییر بشرط او قید او نحو ذلک و وجهه انّ العلّه فی اعتباره دلاله العقد علیه بإطلاقه و اذا دلّ القید علی خلافه لزم الوفاء بمقتضی القید لانّ الفرض عدم کون خلافه مقوّما للعقد بل العقد قابل له و لغیره و بالقید لا یخرج العقد عن ماهیّته و طبیعته ففی هذا القسم یقتضی الاطلاق شیئا و التّقیید شیئا اخر و الوفاء بالعقد یستلزم العمل بذلک کلّه نعم قد یمنع عن الشّرط فی هذا القسم من جهه اخری ککونه خلافا للشّرع و الکتاب و السنّه و امّا القسم الاوّل و هو ما یقتضیه العقد بطبیعته صریحا و مطابقه کتملیک الاعیان فی البیع و المنافع فی الاجاره او ضمنا و التزاما کعموم الانتفاع و التصرّف فی المبیع و عموم الاستمتاع بالزّوجه فهو غیر قابل للتّغییر بشرط او قید للزوم المناقصه الواضحه مضافا الی امکان التمسّک لبطلان اشتراط ما کان منافیا لمقتضی العقد من اللّوازم و الآثار الخارجیّه بل لبطلان ما ینافیه من الامور المعتبره فی ماهیّته الّتی عبّرنا عنها بالارکان الدّاخلیه بانّه شرط مخالف للکتاب و السنّه لوضوح انّ الشّرط المقتضی لتغییر ذات العقد عمّا شرع علیه فی الاصل او لعدم ترتّب آثاره اللّازمه علیه یکون مخالفا لما دلّ من الکتاب و السنّه علی عدم تخلّف العقد عن مقتضاه و لکن قد یتبادر ابتداء فی الذّهن من الاخبار المستفیضه المتقدّمه الدالّه علی عدم مخالفه الشّرط للکتاب و السنّه عدم المخالفه لما ثبت منهما بالخصوص بعد تحقّق العقد بارکانه العرفیّه و قد اعترض جمع من المحشّین فی المقام علی المصنّف ره بانّ الوجه الثّانی المتمسّک به لا وجه له لانّ التمسّک بوجود المانع انّما یصحّ بعد احراز المقتضی و الانصاف صحّه التمسّک بهذا الوجه لانّ الاخبار الدالّه علی عدم مخالفه الشّرط لهما لیست صریحه فی المعنی الثّانی و

ليست من قبيل الاخبار الوارده فى الامر بالعمل بموافقه الكتاب و طرح الخبر المخالف له فى خصوص الاخبار المتعارضه حيث انّها وردت لبيان التّرجيح بحيث لو لم يكن للخبر المخالف للكتاب معارض لكان واجدا لشرائط الحجّيه و لزم العمل به و لا يصحّ التمسّك بها لطرح الخبر الّذى ليس له معارض و لكنّه مخالف للكتاب حيث انّ موافقه الكتاب من شرائط حجّيه الخبر بل الظّاهر انّها من قبيل الاخبار الوارده فى عرض الاخبار على الكتاب و انّ ما خالفه باطل او زخرف الدالّه على طرح الخبر المخالف له و ان لم يكن له معارض و يصحّ التمسّك بها أيضا فى مقام التّرجيح فالاستدلال فى المقام بانّ الشّرط المنافى مخالف للكتاب و السنّه لا بأس به خصوصا لو اريد التمسّك به لبطلان اشتراط قسم خاصّ من المنافى و هو ما كان كذلك من حيث اللّوازم و الآثار و لعلّه المراد من العباره كما هو ظاهر الاستشهاد بكلام العلّامه و بالجمله ما كان من الشّرط منافيا لمقتضى العقد و هو ما كان منافيا لصوره العقد كاشتراط ان يكون البيع اجاره و الدّوام متعه و المضاربه شركه و السّلم نقدا و بالعكس و نحو ذلك او كان منافيا لمعنى العقد كاشتراط تمليك العين بالاجاره و بعض رأس المال بالمضاربه و المنافع بالوديعه و نحوها او كان منافيا لطبيعه العقد و ما هو مقوّم لها كاشتراط كون البيع بلا- عوض و الاجاره بلا اجره فانّ حقيقه البيع مبادله الاعيان بالاموال و الاجاره مبادله المنافع بها او كان منافيا لذات العقد ضمنا و التزاما كاشتراط بقاء سلطان البائع على العين بعد بيعه و الموجر على المنفعه بعد اجارته و الرّاهن على الرّهن بعد رهانته و نحوها او كان منافيا لآثار طبيعه العقد كاشتراط عدم الانتفاع بالكليّه مثل اشتراط عدم التصرّف اصلا فى المبيع بان لا يبيع و لا يعتق و غير ذلك و عدم الاستمتاع اصلا بالزّوجه حتّى النّظر فانّ المنشأ بالعقد انّما هو طريق للوصله الى تلك الآثار و تكون كالمقوّم للعقد فمع اشتراط عدمها رأسا كانّه لم ينشأ بالعقد شيئا فيلزم المناقضه و كذلك الاثر الظّاهر من العقد بحيث يكون اشتراط عدمه مساوقا لانتفاء المنشأ بالعقد كاشتراط عدم الملكيه فى عقد البيع بناء على كونه حقيقه فى مبادله مال بمال و امّا بناء على كونه تمليكا بعوض فالملكيه نفس المنشأ و على ايّ حال يكون اشتراط عدمها منافيا لمقتضى العقد او كان منافيا لحصول الغرض بالعقد من حينه كاشتراط البيع حال الابتياع و الاجاره حال الاستيجار و نحوهما على اشكال فهو باطل للوجهين المشار إليهما فى المتن و ما لا يكون منافيا لمقتضاه فان كان مخالفا للكتاب و السنّه على التّفسير المتقدّم فهو باطل أيضا و ما كان منافيا لاطلاق العقد فلا بأس به الّا اذا كان مخالفا للكتاب و السنّه و ليس فى المقام ضابطه كليّه بها يتمكّن من تشخيص آثار العقد الّتى لا تتخلّف عن مطلق العقد عمّا يقبل التخلّف و المرجع هو ما سيجى ء فى المتن

فی آخر البحث و قد اضطربت کلمات الاصحاب فی بعض المسائل و ذکر جمله منها فی المتن و ما ذکره بعض من انّ الاختلاط بین الشّرط المنافی للعقد و الشّرط المخالف للکتاب لعلّه المنشأ للاشکال و صعوبه الفرق بین الموارد الّتی یصحّ الاشتراط عمّا لا یصحّ فلا حاصل له

قوله (مثلا المعروف عدم جواز المنع عن البیع)

المشهور بطلان اشتراط ان لا یبیع المبیع او لا یهبها او لا یعتقها او لا یطئها و استدلّوا علیه بمنافاه هذه الشّروط لمقتضی العقد و فیه ما عرفت من تفصیل الشّرط المنافی و بیان موارده فالمسلّم هو اشتراط عدم التصرّف اصلا و امّا اشتراط المنع عن بعض التصرّفات فلا مانع منه لانّ امثال هذه الشّروط و کذا اشتراط المرأه علی زوجها ان لا یخرجها من بلدها او اشتراط ان لا یتزوّج علیها و نحو ذلک امور خارجه عن العقد لاحقه به و لیست من لوازمه المتولّده منه الحاصله بسببه و هذا معنی الاقتضاء لا مطلق الارتباط و الآثار و الّا لزم بطلان بیع الدّار مشروطا بکونها مسلوبه المنفعه الی مدّه و التّالی باطل هذا مضافا الی صحیح عبد اللّه بن سنان الوارد فی اشتراط ترک البیع و الهبه فی الاماء قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الشّرط فی الاماء لاتباع و لا توهب قال یجوز ذلک غیر المیراث فانّها تورّث لانّ کلّ شرط خالف الکتاب باطل و ما ورد فی اشتراط عدم الوطی فی النّکاح و هو روایتان رواهما الشّیخ ره الاولی عن سماعه بن مهران عن ابی عبد اللّه (ع) قال قلت له رجل جاء الی امرأه فسألها ان تزوّجه نفسها فقالت ازوّجک نفسی علی ان تلتمس منّی ما شئت من نظر و التماس و تنال منّی ما ینال الرّجل من اهله الّا انّک لا تدخل فرجک فی فرجی و تلذّذ بما شئت فانّی اخاف الفضیحه قال لیس له منها الّا ما اشترط و الثّانیه عن اسحاق بن عمّار عنه (ع) قال قلت له رجل تزوّج بجاریه عاتق علی ان لا یفتضّها ثمّ اذنت له بعد ذلک قال اذا اذنت له فلا بأس فهذه الاخبار و ان وردت فی خصوص اشتراط ترک البیع و الهبه فی الاماء و اشتراط عدم الوطی فی النّکاح و لکنّ المقصود منها هو استظهار انّ امثال هذه الشّروط لیست منافیه لمقتضی العقد و انّ هذه الشّروط و امثالها منافیه لمقتضی اطلاق العقد لا ذاته فالصّواب هو صحّه امثال هذه الشّروط تمسّکا بعمومات الشّرط و القول بالبطلان و ان کان هو المشهور بین قدماء الاصحاب الّا انّ من المعلوم کون نظرهم الی المنافاه للمقتضی لا الی دلیل خاصّ و دعوی الاجماع علیه لم یقع من احد و کفاک شاهدا استشکال العلّامه ره فی بطلان اشتراط عدم البیع و العتق و تامّل المحقّق ره فی النّافع فی بطلان اشتراط عدم بیع الامه او هبتها حیث قال المرویّ الجواز و فی إیضاح النّافع بعد نقل کلامه انّ الجواز غیر بعید لانّ بقاء الامه عند المالک الصّالح مطلوب

فاشتراط بقاء ملکه علیها جائز و ذلک لا ینافی کما فی أمّ الولد و منذور التصدّق به انتهی

قوله و جواز اشتراط عتقه بعد البیع بلا فصل)

صرّح جماعه بجواز اشتراط العتق قاطعین به و نافین للخلاف فیه و فی المهذّب البارع انّ علیه علمائنا اجمع و عن ط و الغنیه و غایه المراد و المسالک و محکیّ الایضاح و غیرها الاجماع علیه و ان اختلفوا فی اطلاقه و تقییده علی قولین احدهما الجواز مطلقا سواء شرط عتقه عن المشتری او عن البائع او اطلقه ثانیهما الجواز اذا شرط العتق عن المشتری او اطلقه بخلاف ما لو شرط عن البائع فانّه لا یجوز مستدلّین بانّه لا عتق الّا فی ملک و البائع بعد النّقل لیس مالکا فیکون شرطا مخالفا للسنّه و کیف کان فهذا الخلاف لا دخل له بمحلّ البحث و لا اشکال عندهم فی اصل الصحّه فیرد علی الاصحاب سؤال الفرق بین ما جعلوه منافیا لمقتضی العقد کاشتراط ان لا یبیع او لا یعتق او لا یهب و ما اجازوه من اشتراط العتق او الوقف و اشتراط المرأه علی زوجها ان لا یخرجها من بلدها کما ورد به النصّ و اشتراط عدم انتفاع المشتری عن المبیع فی زمان معیّن کاشتراط البائع لنفسه سکنی الدّار و نحو ذلک و توجیه الفرق تاره بثبوت الاجماع علی المنع فی اشتراط عدم البیع او الهبه او العتق و اخری بثبوت الاجماع علی الجواز فی اشتراط العتق مضافا الی کونه مبتیّا علی التّغلیب و السّرایه فانّ عنایه الشّارع بوقوعه یوجب تحقّقه باذنی سبب کما یظهر من تتّبع مسائل کثیره و ثالثه بانّه لو باع عینا و اشترط بیعها للبائع او لغیره او وقفها علیه او علی غیره او باع مملوکا و اشترط عتقه فالوقف و البیع و ان کان رافعا لسلطنه المشتری الّا انّه متفرّع علی سلطنته اذ لو لم یکن له السّلطنه علیها کیف یمکنه وقفها او بیعها فالشّرط مؤکّد للملک و السّلطنه و امّا لو باع و اشترط عدم البیع کان منافیا لمقتضی العقد لانّ الشّرط ینفی السّلطنه الّتی کان العقد مقتضیا لها کما تری فالحقّ هو الجواز مط الّا اذا اشترط عدم التصرّف رأسا او کان منافیا لحصول الغرض کما مرّ

قوله (و منها ما ذکره فی س فی بیع الحیوان من جواز الشّرکه)

اعلم انّ اشتراط التّفاضل لاحد الشّریکین سواء کان باختصاص الخسران علی احدهما و الرّبح بینهما او باختصاص الرّبح لاحدهما و الخسران بینهما او باختصاص الرّبح باحدهما و الخسران بالآخر او فضل احدهما فی الرّبح علی غیر ما یقتضیه النّسبه بین المالین و من دون ان یکون للمشترط له عمل یوجب الزّیاده اذا کان فی ضمن عقد الشّرکه فالاقوی ح هو البطلان و علّلوه بعدم وقوع الزّیاده لاحدهما فی مقابل عوض و لا وقع اشتراطها فی ضمن عقد معاوضه لیضمّ الی احد العوضین و لا اقتضی تملّکها عقد هبه و الاسباب المقرّره للملک معدوده و لیس

هذا منها و توضيحه انّ الشّركه انّما تحصل بالامتزاج الواقع فى الخارج و لا تحصل بعقد الشّركه و حيث كان حكم الشّركه عدم جواز تصرّف كلّ من الشّريكين فى المال بدون اذن الاخر كان فائده العقد هو الاذن فى التصرّف لهما على نحو ما اوقعا عليه العقد من الخصوصيّات الرّاجعه الى الاذن و لا يفيد شيئا الّا تعيين تلك الخصوصيّات المتعلّقه بكيفيّه عملهما و تصرّفهما و امّا اصل الشّركه فلا يحصل الّا بالامتزاج و لا اشكال فى انّ النّماء الحاصل بعد الشّركه لا بدّ و ان يكون مشتركا بينهما بنسبه اصل مالهما و كذلك الخسران و بالجمله كون الرّبح و الخسران لهما بنسبه مالهما ليس من آثار العقد حتّى يبحث انّ شرط الخلاف و كون الخسران مثلا على احدهما هل هو مناف لذات العقد او لاطلاقه بل هو من آثار الامتزاج فالشّرط لو وقع بعد الامتزاج كان باطلا لانّ نماء كلّ مال لصاحبه و يستحيل ان يكون لغيره الّا بسبب حادث يكون مملّكا و المفروض عدمه و لو وقع حال العقد و قبل الامتزاج يكون من قبيل الشّروط الابتدائيّه لانّ اشتراط الخسران على احدهما اجنبيّ عن العقد و فائدته و اذا كان الشّرط فى ضمن عقد لازم فلا يخلو امّا ان يكون فى عقد يحصل منه الشّركه و يكون العقد بينهما كان يكون له حيوان او غيره فشرّك فيه غيره مع الشّرط المذكور او بينهما و بين ثالث كما ان اشتريا حيوانا او غيره بالشّركه و اشترطا فى ابتياعهما ذلك و امّا ان يكون الشّرط فى عقد لازم مسبوق بالشّركه بان كانت الشّركه متحقّقه سابقا بسبب اختيارى كالشّراء و الحيازه او قهريّ كالارث و نحوه ثمّ وقع الشّرط المذكور فى ضمن عقد لازم آخر و على جميع التّقادير يكون الشّرط تاره مرجعه الى انتقال الزّياده الى المشروط له ابتداء اى عند ظهور الرّبح و حصول المعاوضه من دون وساطه دخولها فى ملك الشّارط فالاقوى البطلان لما عرفت و اخرى الى انتقال الزّياده الى مالكها بنسبه ماله ثمّ انتقالها من ملكه الى المشروط له على نحو شرط النّتيجه فالاقوى الصحّه و دعوى انّه يكون شرطا مجهولا و معلّقا على امر غير حاصل و الجهاله و التّعليق مانعان عن الصحّه مدفوعه بانّ اضافه الرّبح و الخسران المشروط فيهما التّفاضل الى رأس المال كافيه فى رفع الغرر و الجهاله قطعا و الّا لجرى الاشكال فى كثير من موارد الشّروط و امّا التّعليق فستعرف عدم كونه مبطلا فى باب الشّروط ما لم يرجع الى التّعليق فى العقد هذا هو المختار و راجع المسأله فى كتاب الشّركه من الجواهر

قوله ثمّ قال و دفع ذلك لا يخلو عن عسر)

قد عرفت موارد المنافى لمقتضى العقد و انّه لا مانع من اشتراط المنع عن بعض التصرّفات

[من الشروط أن لا يكون مجهولا]

قوله (الشّرط السّادس

ان لا يكون الشّرط مجهولا)

راجع الى شرائط العوضين فى المسأله المعنونه بانّه لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه و عدمه فانّك تجد هناك بعض ما يرتبط بالمقام

قوله و المسأله محلّ اشكال و كلماتهم لا يكاد يعرف التيامها)

و الاقوى عدم الاشتراط الّا اذا كان الشّرط مجهولا جهاله يوجب الغرر فى البيع لعموم ادلّه الشّروط و ادلّه اعتبار المعلوميّه مقصوره على موردها و هو خصوص الثّمن و المثمن و بعض اقسام الشّروط كاشتراط تعيين الاجل حيث ورد فى جمله من الاخبار الى اجل معلوم مضافا الى تعلّق النّهى فى بعض الاخبار بالبيع كخبر النّهى عن بيع المجهول و الاجماع أيضا مقصور على العوضين و قد صرّحوا بصحّه اشتراط دخول الحمل فى بيع الحامل مع الجهل بحال الحمل من حيث انّه ذكرا و انثى و انّه واحد او ازيد و كذا فى بيع الشّجر مع اشتراط كون الثّمر للمشترى و الحال انّ قدره مجهول و ان كان حكمهم فى المسألتين للنصّ و صرّحوا بصحّه اشتراط سقوط الخيارات جميعا من الطّرفين او من طرف واحد مع انّه لا علم لهما بثبوت الخيار و صحّه اشتراط نفقه الدابّه على مستاجرها مع عدم علمه بقدرها و اشتراط اجره الكيّال و الوزّان على المشترى الى غير ذلك و يشهد لعدم الاعتبار أيضا ما ورد من الاخبار فى صحّه اشتراط الحمل و الثّمر مع الجهل و ما يقال من انّ الجهل فى الشّرط يوجب الجهل فى الثّمن لانّ له قسطا منه فستسمع الكلام عليه

[من الشروط أن لا يكون مستلزما للمحال]

قوله (فانّ العلّامه قد ذكر هنا انّه مستلزم للدّور)

قرّر المصنّف قدّس سرّه الدّور المدّعى فى المسأله الاخيره من مسائل النّقد و النّسيه بانّه يعتبر فى الشّرط ان يكون معقولا فى نفسه بان يكون مملوكا و مقدورا للشّارط مع قطع النّظر عن البيع المشروط فيه و بيع الشّى ء على غير مالكه معقول و لو من غير المالك كالوكيل و الفضولى بخلاف بيعه على مالكه فانّ ظرف الاشتراط ظرف ملكيّه البائع و مرجعه الى اشتراط بيع المال على مالكه و ذلك لانّ صحّه الشّرط متوقّف على صحّه العقد و خروج المبيع عن ملك البائع و انتقاله الى المشترى حتّى لا يكون شرطا لبيعه على مالكه و صحّه العقد يتوقّف على صحّه الشّرط و هو غير مقدور فيبطل و يبطل و يرد عليه انّ من الواضح كون المنشأ بالشّرط هو الالتزام بنقل المشترى بعد انتقال المال إليه فكما انّ الوفاء بالشّرط و ايجاده لا يكون الّا بعد انتقال المبيع الى المشترى فكذلك انشائه ليس فى عرض إنشاء المشروط بل هو واقع فى طوله و مترتّب عليه و ظرف إنشاء الشّرط هو المال المفروض انتقاله الى المشترى و ان شئت قلت انّ الشّرط فى قصد المتبايعين ان كان فى زمان كون المبيع فى ملك البائع و قبل نقله الى المشترى

فالاشكال موجّه الّا انّه مضافا الى انّه خلاف الواقع ينتقض بما اعترف بجوازه فى التّذكره من اشتراط وقف المشترى المبيع على البائع و ولده و ينتقض أيضا باشتراط رهنه على الثّمن و ان كان فى زمان دخوله فى ملك المشترى و انتقاله إليه فلا محذور عن جامع المقاصد انّه قرّر الدّور بانّ انتقال الملك موقوف على حصول الشّرط و حصول الشّرط موقوف على الملك و يرد عليه انّ من الواضح كون الشّرط فى المقام بمعنى الالزام و الالتزام و ليس شرطا اصوليّا و ح فلزوم المبيع يتوقّف على الشّرط لا صحّه العقد و حصول الملكيّه للمشترى و قد صرّح العلّامه فى مواضع من كلماته بانّ الملكيّه حاصله عند العقد و لزومه موقوف على حصول الشّرط فليس غرضه الّا التّقرير السّابق و بالجمله الظّاهر قيام الاجماع على البطلان و انتظر لتمام الكلام فى المتن فى النّقد و النّسيه

[من الشروط الالتزام به فى متن العقد]

قوله الشّرط الثّامن من ان يلتزم به فى متن العقد)

اعلم انّ الشّرط اذا ذكر فى متن العقد فلا اشكال فى لزوم الوفاء به وضعا و تكليفا و اذا لم يذكر كذلك فهو على قسمين الاوّل ما يسمّى شرطا ابتدائيّا و هو ما يلتزم به شخص لآخر من غير ان يتعقّبه معاوضه و صرّح الاصحاب بعدم لزوم الوفاء به و يدلّ عليه الاصل و انّ المعهود من الشّرع هو الجواز فى العقود المجّانيه كالهبه و العاريه فكيف بالتّعهدات المجّانيه بل الظّاهر ثبوت الاجماع المحقّق على عدم لزوم الوفاء به و من اجل ذلك ذكر المصنّف ره انّه لا يجوز الوفاء به قطعا و لا عبره بخلاف بعض المتاخّرين تمسّكا بصدق الشّرط عليه فانّه بمعنى الالزام و الالتزام بل مطلق الجعل فانّ المتبادر من اللّغه و العرف هو ما كان فى ضمن معاوضه و لا يطلقون الشّرط على الالتزام الابتدائى من غير عقد معاوضه قال فى القاموس الشّرط الزام الشّى ء و التزامه فى البيع و نحوه و اطلاق الشّرط فى بعض الاخبار على الالتزام الابتدائى لا يصيّره حقيقه شرعيّه فى عموم الالتزام و لو فرضنا عموم معنى الشّرط للالتزام البدوى كفى الاجماع المحقّق فى تخصيص عموم المؤمنون عند شروطهم الثّانى ما تواطيا عليه قبل العقد من دون ذكره فى متنه سواء كان راجعا الى اوصاف العوضين او غيرها فهذا تاره يكون شرطا و التزاما قبل العقد او مقاوله سابقه عليه من دون ان يكون العقد فى قصدهما مبنيّا عليه و مرتبطا به و هذا أيضا لا اشكال فى عدم لزوم الوفاء به الّا بناء على القول بلزوم الوفاء بالشّرط الابتدائى و مثله ما لو نسيا الشّرط المتواطى عليه فاوقعا العقد غير بانين على الشّرط و تاره يكون سابقا على العقد مرتبطا به ثمّ يوجد العقد مبنيّا عليه و هذا على ما يقتضيه النّظر هو لزوم الوفاء به لما فى المتن أوّلا من انّ العقد اذا وقع مع تواطيهما على الشّرط كان قيدا معنويّا الخ

فان

قلت انّ عدم الوفاء بما تواطيا عليه من الشّرط و التخلّف عنه لا يوجب قصورا فيما اعتبر فى العقد من قصد انشائه و تحقّق مدلوله كيف و لو كان العقد مقيّدا بوجود الشّرط فلازمه بطلان العقد عند فقد الشّرط لا ثبوت الخيار للمشروط له

قلت الشّرط المصطلح فى المقام و ان كان بمعنى الالتزام الّا انّه قد ينشأ هذا الالتزام مستقلّا فى العقد من دون ان يكون على نحو التّقييد فيكون قصد مدلول العقد امرا و الالتزام فى ضمنه امرا آخر و قد ينشأ بنحو التّقييد فى العقد كما فى اشتراط الاوصاف للعين الشخصيّه و غايه الامر انّه يكون قيدا فى لزوم البيع لا فى اصله حتّى يكون تخلّفه موجبا لبطلان العقد

فان قلت انّ الشّرط و ان كان بنحو التّقييد فهو التزام لا يحصل الّا بالانشاء و لا يكفى فى تحقّق الانشاء مجرّد التّبانى عليه

قلت المفروض قصد المتعاملين ما تواطيا عليه من الشّرط حين العقد فانشاء العقد مقرونا به إنشاء له أيضا على انّ إنشاء الالتزام و التّقييد كما يكون باللّفظ فكذلك يكون بالقصد و ثانيا من انّ الظّاهر صدق الشّرط على التّواطى فى العقد المقرون به و التّبانى على الالتزام السّابق لا من حيث مجرّد الالتزام فى السّابق بل من حيث وقوع التّبانى عليه فى العقد فيشمله عموم المؤمنون عند شروطهم و بناء على صدق الشّرط على الالتزام البدوى فيق انّ الخارج من العموم تخصيصا بالاجماع هو الابتدائى المحض و ما لم يقع العقد مبتنيا عليه دون غيره فيعمّ محلّ الكلام و ما استدلّوا به لعدم الصحّه امور الاوّل الاجماع المحكىّ فى المتن عن الرّياض المعتضد بما اشار إليه المصنّف ره من التتبع فى كلماتهم فى باب النّكاح و البيع الثّانى ما اشار إليه المصنّف اخيرا من انّ الشّرط من اركان العقد المشروط بل هو كالجزء من احد العوضين فيجب ذكره فى العقد كاجزاء العوضين و ان سلّمنا اطلاق الشّرط عليه و صدقه بمجرّد التّبانى القلبى الثّالث الاخبار الدالّه على عدم الاعتبار بالشّرط السّابق فى عقد النّكاح كخبر عبد اللّه بن بكير عن الصّادق (ع) ما كان من شرط قبل النّكاح هدمه النّكاح و ما كان بعد النّكاح فهو جائز و خبره الاخر قال ابو عبد اللّه عليه السّلام اذا اشترطت على المرأه شروط المتعه فرضيت به و اوجبت التّزويج فاورد عليها شرطك الاوّل بعد النّكاح فان اجازته فقد جاز و ان لم تجزه فلا يجوز عليها من شرط قبل النّكاح و خبره الاخر عن محمّد بن مسلم قال سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول فى الرّجل تزوّج المرأه متعه انّهما متوارثان اذا لم يشترطا و انّما الشّرط بعد النّكاح و الظّاهر انّ المراد ببعد النّكاح فى هذه الاخبار هو بعد الايجاب او بعد القبول متّصلا به و خبر ابان بن تغلب فى حديث صيغه المتعه انّه قال لابى عبد اللّه (ع) فانّى لاستحيى ان اذكر شرط الأيّام قال (ع) هو اضرّ عليك قلت و كيف قال لانّك اذا لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتك النّفقه

فى العدّه و كانت وارثا و لم تقدر على ان تطلّقها الّا طلاق السّنه و فى الجميع نظر امّا الاوّل فبعد الغضّ عن الاجماع المحكىّ انّ الظّاهر كون مرادهم هو الصّوره الّتى اشرنا إليها سابقا من الشّرط و الالتزام قبل العقد او المقاوله عليه سابقه عليه من دون ان يكون العقد فى قصدهما مبتيّا عليه و مرتبطا به و امّا الثّانى فبعد تسليم انّ ما كان كالجزء من احد العوضين يعدّ من الاركان انّه لا دليل على لزوم التلفّظ بجميع خصوصيّات العوضين فى العقد بل يكفى قول احدهما بعتك و قول الاخر اشتريت مع معلوميّه جميع المتعلّقات و الخصوصيّات و امّا الثّالث فالظّاهر انّ المراد من الاخبار هو ما ذكرنا فى الوجه الاوّل و ليست فى مقام بيان حكم التّبانى الحاصل حال العقد و امّا الرّوايه الاخيره فالظّاهر منها انّ المتعه و الاجل كان من قصد الرّجل فقط و ليس فيها ايماء اصلا الى الشّرط قبل العقد و التّبانى عليه و فى حاشيه السيّد الطّباطبائى ره نعم الرّوايه الاخيره ظاهره فى عدم كفايته أيضا فانّ من المعلوم انّ تباينهما انّما كان على الاجل و مع ذلك حكم بعدم كفايته و صيروره العقد عند عدم ذكره دائميّا و لكن يمكن ان يقال ذلك كان من قصد الرّجل فقط لا المرأه أيضا انتهى و انت ترى انّ الرّوايه ظاهره فيما ذكرنا و بالجمله المستفاد من الاخبار و كلام الاصحاب هو انّ الشّرط لا بدّ و ان يكون فى ضمن العقد و لا يكفى السّابق منه من حيث هو فى تقييد العقد و هذا لا ينافى كفايه التّبانى الموجود حال العقد فى صدق الشّرط و انصراف العقد إليه و انّ الوفاء بالعقد بدونه تجاره لا عن تراض و مع ذلك كلّه القول بكفايه التّبانى خلاف الاحتياط

[مما يتوهم من الشروط و هو تنجيز الشرط]

قوله (و قد يتوهّم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشّرط)

اعلم انّه لا اشكال فى انّ نفس الانشاء لا يقبل التّعليق اذ ليس له مدلول وراء لفظه و مرجع التّعليق فيه الى عدم القصد الّذى يتقوّم به الانشاء و لا يكاد يحصل بدونه و انّما يحصل الانشاء بلفظه كالاخبار فلو علّق فيه كان كالاخبار بانّه سينشئ بعد ذلك فلا إنشاء بالفعل و التّعليق مط سواء كان فى العقد او فى الشّرط لا بدّ ان يرجع الى المنشأ او المتعلّق من غير فرق بين ان يكون على معلوم الوقوع او مظنونه او مشكوكه فانّ المنشأ كما ينشأ مطلقا مرّه و مقيّدا اخرى كذلك ينشأ معلّقا مرّه و منجّزا اخرى و التّرديد و التّشكيك فى وقوع المعلّق عليه لا يقدح فانّه لا يعود الى الانشاء فانّ الانشاء قد حصل الجزم به على احد التّقديرين و كون كلّ واحد من التّقديرين غير مجزوم به فى الواقع لا ينافى ذلك و لهذا صحّ فى باب العبادات الّتى شرطها الجزم بالنّيّه ان تقول مثلا ان كان مالى الغائب سالما فهذه زكاه و الّا فنافله و من ذلك دخول الماموم فى الصّلاه مع الشكّ فى ادراك الامام راكعا و

الاستصحاب لا يفيد جزما الّا انّ الاجماع قائم على اشتراط التّنجيز فى العقود و الايقاعات على ما مرّ تفصيله فى شروط العقد و امّا الشّرط فلا و مقتضى القاعده هو صحّه التّعليق فيه سواء كان فى المنشأ و هو الالتزام او فى متعلّقه الّا انّه قد يقال باشتراط التّنجيز فيه أيضا لرجوع الشّرط الى جزء من احد العوضين فيسرى التّعليق فيه الى العقد بل يؤدّى الى البيع بثمنين و اجاب المصنّف ره بانّ التّعليق و التّقييد راجع الى متعلّق الشّرط و هو الخياطه فالشّرط هو الخياطه على تقدير المجى ء و لا تعليق فى نفس الشّرط و هذا كما لو قال انت وكيلى فى ان تبيع اذا جاء رأس الشّهر فانّ التّعليق راجع الى متعلّق الوكاله و هو البيع فى زمان خاصّ و لا تعليق فى نفس الوكاله و يرد عليه انّ الاشكال هو لزوم جهاله الثّمن و أداء الشّرط الى البيع بثمنين على تقديرين و لا فرق فى هذا بين ان يكون التّعليق راجعا الى الشّرط او متعلّقه فانّهما يرجعان فى المعنى الى امر واحد هذا مضافا الى انّ مراد المتوهّم صوره كون التّعليق راجعا الى اصل الشّرط لا الى متعلّقه و حقّ الجواب منع رجوع الشّرط الى جزء من احد العوضين حقيقه و لا دليل على ذلك اصلا و الغرض من هذه الجمله هو اناطه لزوم الوفاء بالعقد و لزوم الالتزام بالعوضين بالوفاء بما التزم بالشّرط و هذا هو معنى الخيار المتعلّق بالعقد على تقدير تخلّف الشّرط و الاشاره الى انّ الشّرط ممّا يزيد به الثّمن و ينقص و لهذا لا يسقط من الثّمن شى ء بسقوطه و فى حاشيه اللّمعه للفقيه الشّيخ علىّ بن جعفر كاشف الغطاء ره انّ الشّروط ليست كاحد العوضين فى جميع الاشياء و ان اشتهر ذلك على السنه الفقهاء فانّ المراد بذلك شبهها بالعوض فى بعض الوجوه كثبوت الخيار عند عدمها كما فى تبعيض الصّفقه و امثاله و لذلك صحّ فى المنافع و الحقوق و لا يقسّط عليها الثّمن و ان تفاوتت الثّمن و المثمن من اجلها نقصا و زياده من البائع و المشترى كالاجل و يجتزى فيها من العلم بما يجتزى به فى الصّلح و المعاطاه و العقود الجائزه كما ينبئ عن ذلك شرط ضمان الغرامه و اشتراط الحمل و اسقاط الخيارات و شرط النّفقه للخادم و مئونه الدابّه و انّ كلّ ما يعترضه للمعامله بينهما و شرط الزّكاه على المشترى من حاصل الزّرع و شرط اجره الوزّان و الميزان و النّقّاد و الكيّال و الكيله و نحوها و دعوى خروج ذلك كلّه بالدّليل لا وجه لها و كفانا فى ذلك عموم ادلّه الشّروط بل و عموم ادلّه العقود بالنّسبه إليها و ان تقيّدت بالنّسبه الى نفسها كما فى البيع بنواهى الغرر فما يظهر من تضاعيف كلمات كثير منهم من انّ الشّرط بمنزله الثّمن فيكون حكمه حكمه على اختلاف احكامه باختلاف العقود فيعتبر فى شرط البيع ما يعتبر فى ثمنه و فى شرط الصّلح ما يشترط فى ثمنه و هكذا لا دليل عليه كاحتمال انّه كالثّمن فى البيع

مطلقا و لا يختلف باختلاف العقود فيكون فى باب الصّلح أسوأ من ثمنه فانّه بعيد جدّا و لا تساعده ظاهر المنزله انتهى و بالجمله لا دليل على لزوم التّنجيز فى الشّرط لا من الجهه المذكوره و لا من جهه اخرى و الاجماع قائم على اعتباره فى خصوص العقود و الايقاعات دون غيرها و قد صرّحوا بنفوذ الشّرط مع التّعليق فى الخيار المشروط بردّ الثّمن فتدبّر

[مسأله فى حكم الشرط الصحيح]

اشاره

قوله (احد المتعاقدين او غيرهما)

قد تقدّم فى المتن انّ من شروط صحّه الشّرط ان يكون داخلا تحت قدره المكلّف و عليه فاذا كان الشّرط متعلّقا بفعل غير المتعاقدين لا يصحّ اذا كان الغير ممّن لم يكن للمشروط عليه سلطنه عليه فانّ الفعل ح لم يكن مقدورا له عاده و يكون اشتراطه سفها و يصحّ اذا كان له السّلطنه عليه كعبده لعدّ العرف ايّاه قادرا على الفعل لاجل قدرته على الزام عبده به او كان شرط فعل الغير راجعا الى تسبيب المشترط عليه لاقدام ذلك الغير على الفعل كما لو قال بعتك هذا و اشترطت عليك ان تعطى ثوبى زيدا ليخيطه مع كون التّسبيب من المشروط عليه بالاجاره او غيرها امرا ممكنا عاده و لو تعاملا و اشترط احدهما فى ضمن العقد فعلا على ثالث و التزم ذلك الاجنبىّ بذلك فالاظهر عدم لزوم ذلك الشّرط عليه فانّ التزام الاجنبىّ بفعل لا يكون من الالتزام المرتبط بالمعاوضه الواقعه بين المتعاملين و هذا واضح جدّا نعم لا بأس به بناء على لزوم الوفاء بالشّرط الابتدائى

قوله (و عموم المؤمنون مختصّ بغير هذا القسم)

الظّاهر انّ كلامه قدّس سرّه من انّه لا معنى لوجوب الوفاء فيه الخ مبنىّ على مختاره فى الاحكام الوضعيّه من انّها منتزعه من التّكليف فانّ بناء عليه لا يعقل وجوب الوفاء بتحصيل الشّرط و يكون عموم المؤمنون مختصّا بغير هذا القسم و يرد عليه انّه اذا لم يعقل تكليف فلا يثبت حكم وضعىّ من الصحّه و الخيار و التّحقيق هو امكان جعل الوضع و انّ الظّاهر من حديث المؤمنون عند شروطهم هو الوضع و انّهم محكومون بالوقوف عند شروطهم و عدم المضىّ عنها و يترتّب عليه ح آثار الوقوف و المضىّ الّتى من جملتها ثبوت الخيار عند كشف الخلاف على انّه لو كان الحديث فى مقام التّكليف دون الوضع فالمعنى هو وجوب الوفاء بالشّرط و وجوب الوفاء به يختلف بحسب الموارد و فى المقام يفيد عدم الزام من له الشّرط بالوفاء بالعقد و عدم كون العقد واجب الوفاء بالنّسبه إليه

فان قلت قد سبق انّ الشّرط الفقاهتى هو الالتزام و لا يعقل ذلك فى الاوصاف الشخصيّه لانّها امّا حاصله او لا و على كلّ من التّقديرين لا معنى للالتزام بها

قلت ذكر المصنّف ره فى البحث عن اشتراط مقدوريّه الشّرط انّ شرط الاوصاف راجع الى التّوصيف حيث قال انّ

التزام وجود الصّيفه فى الحال بناء على وجود الوصف الحالى و لو لم يعلما به فاشتراط كتابه العبد المعيّن الخارجى بمنزله توصيفه بها فالشّرط فى ضمن العقد قد يكون بنحو الالتزام و قد يكون بنحو التّقييد و حديث المؤمنون و غيره من ادلّه الشّروط ناظر إليهما معا

قوله (كما انّه لو دلّ الدّليل على كفايه الشّرط فيه)

و الدّليل فى جميع ذلك هو الاجماع و لا فرق فى شرط الوكاله و الوصايه بين شرطهما بالعنوان الخاصّ العقدى أم شرط النّيابه من دون عنوان خاصّ و اذا شرط الوكاله او النّيابه الرّاجعه إليها فى عقد البيع فلا اشكال فى بطلانها بالموت و امّا جواز العزل فيهما و فى الوصايه فمحلّ اشكال بل الاظهر العدم فانّ الجائز منها ما كان بعنوان العقد و أمّا اذا وقع شرطا فى عقد لازم يصير لازما من حيث لزوم الوفاء بالشّرط الّا اذا كان الشّرط هو الوكاله فى مدّه معلومه لا المستمرّه فانّ مقتضى عموم المؤمنون ح هو لزومها بحسب ما اخذ شرطا

[فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى]

قوله و كيف كان فالاقوى صحّه اشتراط الغايات)

و مع ذلك كلّه فالقول بالصحّه مط غير واضح لانّ اقصى ما يدلّ عليه ادلّه الشّروط هو لزوم الوفاء بالشّرط و امّا الملزم به فهو شى ء لا بدّ ان يعلم شرعيّته من الخارج و لو كان شرط الغايه مفيدا للزوم عند الاصحاب حتّى فى مورد الشكّ فى الاحتياج الى سبب خاصّ لكان معنونا فى كلماتهم نعم بالنّسبه الى التّمليک الّذى ليس له لفظ خاصّ و يتأدّى بلفظ البيع و الهبه و التّمليک و غيرها بل يتأتّى بالفعل كالمعاطاه فالظّاهر لزومه بالشّرط و يترتّب عليه الاثر لانّه لفظ يؤدّى ذلک المعنى كسائر الالفاظ مضافا الى ما سمعته فى المتن من وجود افراد من التّمليک اتّفقوا على حصولها بالشّرط فيستكشف منها انّ الملكيه غير محتاجه الى سبب خاصّ و لا يخفى انّ ما ذكرنا من صحّه شرط الغايه فى مقام التّمليک انّما هو فى اشتراط ملكيّه شى ء لاحد المتعاقدين من الاخر من دون عوض و امّا الاشتراط معه كان يقول بعتک هذا الكتاب بعشر دراهم بشرط ان يكون ثوبک لى بدرهمين فالظّاهر بطلان الشّرط لانّ التّمليک بعوض ليس الّا البيع و اذا وقع بصيغه البيع جامعه لشرائطها كان لازما و الّا فهو من باب المعاطاه و على اىّ حال يلحق بالتّمليک العقود الجائزه كالوكاله و الشّركه و تصير لازمه بالشّرط و كذا اسقاط الحقّ فانّه يتأدّى بكلّ لفظ فلا بأس به بالشّرط مضافا الى صحيحه سليمان و ارتجاع المبيع عند ردّ الثّمن فانّ الظّاهر من روايه معاويه بن ميسره جواز اخذ ردّ الثّمن قيدا لانفساخ العقد و فيما عدا ذلک كاشتراط الحريّه و الصّدقه و نحوهما ففى غايه الاشكال

قوله (كما يصحّ نذر مثل هذه الغايات

يظهر من هذه العباره انّ الاقوى عنده صحّه نذر الغايه فى الموارد الّتى لم يظهر من الشّارع

اناطتها باسباب خاصّه كما ذهب إليه فى اشتراط الغايه و الانصاف انّ المسأله مشكله و اقوالهم فيها مختلفه و لا دليل على صحّه نذر النّتيجه فى التّمليك و انّما المسلّم هو الصحّه فى فكّ الملك للنصّ و عدم المانع كالانعتاق الحاصل بنذر العتق

قوله (خلافا لظاهر الشّهيد فى اللّمعه

و منشأ القولين انّ الشّرط الواقع فى ضمن العقد هل هو الشّرط الفقاهتى اى الالتزام أم الشّرط الاصولى الّذى مفاده تعليق العقد و تقييده بالفعل الّذى اخذ شرطا و الانصاف هو الاحاله فى تعيين ذلك الى قصد المتعاملين فانّ الظّاهر صحّه الشّرط على كلّ من الوجهين و مع الشّك يحمل على الالتزام لأنّه الغالب عند العرف فى الشّروط المأخوذه فى العقد و قد مرّ فى المباحث السّابقه انّ الشّرط اذا كان متعلّقه كليّا يرجع الى التّقييد و لو كان بلفظ الشّرط كان يقول بعتك عبدا بشرط ان يكون كاتبا فانّه يوجب خروج العبد الغير الكاتب عن متعلّق العقد و ان كان متعلّقه جزئيّا يرجع الى الشّرط و ان كان بلفظ ظاهر فى القيديّه فالشّرط فى ضمن العقد قد يكون بنحو التّعليق و قد يكون بنحو التّقييد و قد يكون بنحو الالتزام و ادلّه الشّروط ناظره إليها جميعا فيجب الوقوف و الوفاء بكلّ من انحاء الشّروط المأخوذه و لا يخفى انّه لو اخذ الشّرط المأخوذ من باب التّعليق فلا بدّ ان يكون على نحو لا يرجع الى تعليق اصل العقد فانّه يوجب البطلان بل يؤخذ تعليقا فى لزومه كما هو المتعارف فى انظار العرف حيث يرون تعليق العقد على امر بمنزله اشتراط الخيار و يرون بعت الكتاب بشرط كذا فى مقام التّعليق تعليقا فى الالتزام بالتّمليك المفهوم من العقد لا تعليقا فى اصله و لا فرق بحسب المتفاهم عندهم بين هذا المثال و بعت الكتاب بشرط الخيار و بالجمله لا اشكال فى صحّه تعليق لزوم العقد و ان كان لا تعليق صوره بل كان بلفظ الشّرط فيكون حاصل بعتك هذا العبد على ان تعتقه انّ الالتزام بهذه المعاوضه معلّق على التزامك بالعتق فاذا لم يلتزم بالاعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضه و لكن ليس كلّ شرط راجعا الى التّعليق بل الغالب هو الالتزام و ايرادات المصنّف ره على الشّهيد غير وارده امّا الاوّل فلانّ مضافا الى ما تقدّم من بيان مقصودهم من هذه الجمله كون الشّرط بمنزله الجزء كما يلائم مع الشّرط بمعنى الالتزام يلائم التّعليق أيضا لوضوح انّ قيمه المبيع اذا كان البيع قطعيّا يختلف مع ما اذا كان معلّقا سيّما اذا كان معلّقا على فعل له قيمه و امّا الثّانى فلانّ الظّاهر عدم المانع و صلاحيّه العقد بحسب القواعد اللّفظيه لاقتضائه هذا المعنى أيضا سواء كان العقد مشتملا على اداه الشّرط او لفظه و امّا الاخيران فلما عرفت من رجوع التّعليق الى اللزوم لا الى اصل

العقـد و ما يق من انّ ظاهر التّعليق و التّقييد هو رجوعه الى اصل العقد فمنقوض بما لو كان الشّـرط هو الالتزام فى العقد فكما انّ الظّاهر منه هو تقييد اصل العقد به و مع ذلك يحكمون بانّه قيد للزوم العقد لا لاصـله و بتخلّفه يحصل الخيار لا البطلان فكذا اذا كان الشّـرط بمعنى التّعليق فانّه يرجع الى اللّزوم المستفاد من البيع لا الى اصله و يكون فى الحقيقه راجعا الى شرط الخيار و يؤيّد انّ الشّرط على كلّ من المعنيين يرجع الى اللّزوم المستفاد من العقد انّ العرف مع قطع النّظر عن الشّرع لا يحكمون ببطلان العقد فى صوره تخلّف الشّـرط بل يحكمون بخيار المشـروط له بين الاخذ بالمعامله و فسخها على تقدير كون الشّرط تعليقا و بالاجبار و الخيار المذكور على تقدير كونه التزاما

[فى أنّه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى، فهل يجبر عليه لو امتنع؟]

قوله (ظاهر جماعه ذلک و ظاهر التّحرير خلافه)

يظهر من المتن انّ فى المسأله اقوالا ثلاثه الاوّل جواز الاجبار مطلقا و قد يقال انّه المشهور بل عن الغنيه و يق الاجماع عليه الثّانى عـدمه مـط الثّـالث مـا يظهر من الصّـيمرى و هو التّفصـيل بين مـا كان حقّا للبائع او لغيره فيجوز فى الثّانى دون الاوّل و يمكن ان يكون ذلک من جهه انّ البائع له التخلّص بالخيار دون غيره و هنا وجه رابع يظهر من عباره التّذكره و هو التفصيل بين ما كان من الخصوصـيّات الراجعه الى المعـامله كشـرط الرّهن و الكفيـل و تسـليم الثّمن معجّلاـ و غيره كالعبـد المشترط عتقه على المشترى فيجوز الاجبار فى الاوّل لانّ الشّـرط يكون ح بمنزله العوضين و لا اشكال فى جواز الاجبار عليهما دون الثّانى و الاقوى ما اختاره المصـنّف ره و هو القول الاوّل و لقد احسن حيث يقول انّ العمل بالشّـرط ليس الّا كتسـليم العوضـين فانّ المشـروط له قد ملک الشّرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشّرط فيجبر على تسليمه و قد مرّ فى الشّرط الثّالث من شروط صحّه الشّرط انّ الشّـرط من باب التّمليک لا الالتزام و يدلّک على هذا انّ للمشـروط له اسـقاط الشّرط و لو لم يكن من باب التّمليک و ثبوت الحقّ بان كان مجرّد وجوب الوفاء لما كان هناک وجه للاسقاط و اذا كان الشّرط ممّا يعود نفعه الى الغير كبيع العبد بشرط عتقه او البيع بشـرط اعطاء المشترى شـيئا لثـالث فهل لمن يعود النّفع إليه اجبار المشترط عليه او للحاكم من غير جهه الامر بالمعروف كمـا للبـائع الظـاهر العـدم لانّ المالک ليس الّا الشّارط و مجرّد عود النّفع الى شـخص لا يقتضـى ثبوت حقّ له و لهـذا ليس لغير البائع اسقاط الشّرط بلا اشكال

قوله كالاجل و الخيار و الشّهاده)

الظّاهر انّ المراد من الاخير هو اقامه البيّنه او شهاده شخص خاصّ على اهليّه المشروط عليه فيما ينقله الى الاخر اصاله او نيابه

قوله بل الاستدلال به على صحّه الشّرط عند الشّيخ)

لمّا ذكر أوّلا انّه يمكن ان

يستظهر القول بوجوب الوفاء مع عدم جواز الاجبار من كلّ من استدلّ على صحّه الشّرط بعموم المؤمنون مع قوله بعدم وجوب الاجبار و وجّه الاستظهار المذكور بظهور النبوّى فى الوجوب من حيث نفسه و من جهه القرائن اراد ان يستظهر هذا القول من جهه اخرى غير دعوى ظهور النبوّى فى ذلك للقائلين بعدم افساد الشّرط الفاسد للعقد و هى انّه لو لم يكن النبوّى للوجوب فلا وجه لتمسّكهم به للصحّه فانّ التمسّك بالنبوىّ لاثبات صحّه الشّرط فى ضمن العقد الّا ما استثنى لا يكون الّا لاحد امرين امّا لاثبات وجوب الوفاء به و امّا لاثبات صحّه العقد الواقع فى ضمنه الشّرط بناء على انّ الشّرط اذا كان فاسدا و لم يكن صحيحا فهو مستلزم لفساد العقد و القائلون بعدم الافساد ليس غرضهم من اثبات صحّه الشّرط صحّه العقد و ذلك واضح فانحصر فى الوجه الاوّل

فان قلت لا ينحصر الغرض من اثبات صحّه الشّرط فيما ذكر من الامرين لامكان ان يكون مقصودهم من ذلك اثبات استحباب الوفاء بالشّرط و ان لم يكن مفسدا للعقد

قلت استحباب الوفاء به لا يتوقّف على التمسّك بالنبوىّ و على اثبات صحّته فانّ الوفاء بالوعد مستحبّ و الشّرط اذا لم يكن من المستثنيات فلا اقلّ من كونه وعدا يحسن الوفاء به و ان لم نقل بصحّته من حيث انّه شرط فلا تنافى بين استحباب الوفاء بالشّرط و فساده نعم يمكن ان يقال انّ الوعد اخبار و لا يمكن اثباته بالشّرط فانّه من باب الانشاء

قوله (فيجوز للمشترط له أيضا نقضه فتأمّل)

يمكن ان يكون إشاره الى عدم الفرق بين كون احدهما مالكا لما عند الاخر او ذا حقّ عليه فكما انّ فى الاوّل لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فكذا فى الثّانى لا يسقط حقّه بامتناع المشروط عليه ثمّ انّ الفسخ من المشروط له لا يجعله بمنزله التّقايل لوضوح انّ التّقايل هو اتّفاق الطّرفين و تراضيهما على امر واحد و هو حلّ العقد و فى المقام لا يكونان متّفقين على حلّ امر واحد من العقد او الشّرط لوضوح انّ المشروط عليه بنائه على بقاء العقد و امتناعه عن الشّرط و المشروط له بنائه على الفسخ عند امتناعه و لو سلّم انّ الامتناع عن الشّرط بمنزله الامتناع عن العقد لانّه التزام فى التزام فالمقام بمنزله التّقايل نمنع جريان حكمه فيه لانّ حكم التّقايل مترتّب على نفس موضوعه لا ما هو بمنزلته فالاقوى ما اختاره المصنّف ره من عدم الخيار الّا مع تعذّر الاجبار فانّ دليل الشّرط من النبوّى و غيره ليس مفاده حكما تكليفيّا فقط بل هو متضمّن لوضع أيضا و هو استحقاق الشّرط لمن له الشّرط و اشتغال ذمّه المشروط عليه فبالشّرط يثبت حقّ مالكىّ للمشروط له المستتبع لجواز فسخ العقد عند تعذّر تسليم الشّرط كتعذّر تسليم

العوضين فكما انّ الامتناع من تسليم العوض المنتقل عنه لا يوجب الخيار مع امكان الاجبار و يتوقّف الفسخ على تعذّر التّسليم و لو بالاجبار فكذا فى الشّرط و قد ذكرنا مرارا انّ معنى الشّرط فى المقام ملكيّه المشروط له على نحو ملكيّه المشترط فالملكيّه شرط فى الملكيّه و يحصلان دفعه و سبق ملكيّه العوضين انّما يكون ذاتيّا لا زمانيّا

فان قلت انّ الحكم بملكيّه الشّرط على نحو ملكيّه العوضين ان كان بحكم الشّارع فهو عين الدّعوى و ان كان من حيث قصد المتعاملين فممنوع لانّهما يشترطان فعلا من الافعال كخياطه الثّوب و لا يخطر ببالهما ملكيّه المشروط له لذلك الفعل على الاخر فكيف بقصدهما ذلك من اللّفظ و ليس فى لفظهما أيضا دلاله على ذلك فملكيّه المشروط له للفعل على الاخر لا دليل عليها

قلت امّا حكم الشّارع بملكيّه الشّرط فقد تقدّم مرارا انّ ذلك هو ظاهر ادلّه الشّرط و ظاهر الجمله الخبريّه و لفظ عند فى النبوّى الواقع موقع الانشاء و امّا قصد المتعاملين فلا ريب انّ الظّاهر من كلّ من يشترط شيئا فى ضمن عقد هو إراده ملكيّه الشّرط لا فعليّته و فعليّته موكوله الى اختيار الشّارط ان شاء الزم المشروط عليه بها و ان شاء اسقط و فى الحقيقه الخيار فى المقام الّذى هو خيار الشّرط قسم من خيار تعذّر التّسليم و المراد ما يعمّه و تعذّر التسلّم و لا يصدق التعذّر مع امكان الاجبار و لا يقاس بشرط الخيار هذا كلّه مضافا الى ما قد يقال من انّ الخيار على خلاف القاعده و يقتصر فيه على المتيقّن و قال بعض من جوّز الفسخ مع امكان الاجبار انّه يجب على المشروط عليه الوفاء بالشّرط و للمشروط له الزامه به و اجباره عليه و لو بالرّفع الى الحاكم لانّه حقّه و يجوز له استيفاء حقّه و امّا وجوبه عليه اذا امتنع المشروط عليه فلا دليل عليه فان كان المشروط له راضيا بانفساخ المعامله و الرّجوع الى عوضه و المفروض انّه لا مانع له من قبل المشروط عليه لانّ التّقصير من جانبه فلا دليل على وجوب اجباره عليه

فان قلت الدّليل هو اصاله لزوم البيع مثلا او عموم اوفوا بالعقود فيجب على المشروط له أيضا ابقاء البيع على حاله و الوفاء على مقتضاه خرجنا عن مقتضاه فيما لم يتمكّن من تحصيل الشّرط و لو بالاجبار و بقى الباقى

قلت اىّ دليل دلّ على رجوع المشروط له الى الخيار و الفسخ بعد امتناع الاجبار و عدم الامكان و لا نصّ على ذلك و لا دليل مع انّ مقتضى العقد اللّزوم

فان قلت دليله انتفاء الشّرط ح و مقتضى انتفائه انتفاء المشروط

قلت لا تعليق هنا بالفرض فانّه عقد و شرط لا عقد بشرط بل غايه ما يوجّه به هذه المقاله انّ الاصل عدم انتقال كلّ من العوضين عن صاحبه الى الاخر الى ان يثبت الانتقال الّا فى صوره تحقّق الشّرط فلمّا لم يتحقّق الشّرط فيما نحن فيه رجع المشروط له الى ماله و مقتضى هذا الاصل الاكتفاء فى الخيار و الرّجوع بامتناع المشروط

علیه و عدم اتیانه بالشّرط لانّه هو مقتضی ذلک الاصل و لم یثبت اشتراط ازید من ذلک انتهی و فیه مضافا الی ما مرّ من انّ هذا الخیار من خیار تعذّر التّسلیم و لا یکون الّا بعد تعذّر الاجبار او المشقّه الشّدیده أوّلا انّ ما ذکره من انّ الاصل عدم انتقال کلّ من العوضین عن صاحبه لا وجه له لحصول الانتقال قطعا و مع الشّک فمقتضی الاستصحاب بقائه الّا فی صوره الیقین بجواز الفسخ و ثانیا انّ بناء علی ما ذکره فاللّازم انفساخ العقد مع عدم تحقّق الشّرط لا جواز الفسخ

[لو تعذّر الشرط فلیس للمشتری إلّا الخیار، لعدم دلیلٍ علی الأرش]

قوله (الرّابعه لو تعذّر الشّرط)

یقع الکلام أوّلا فی صحّه العقد و ثبوت الخیار للمشترط لا بطلان العقد ثمّ الکلام فی جواز اخذ الارش بمعنی ثبوت الخیار بین اخذه و الفسخ امّا الاوّل فلا اشکال فی الصحّه و الخیار سواء کان الشّرط المتعذّر وصفا من الاوصاف کالکتابه فی المبیع او فعلا من الافعال کخیاطه الثّوب و سواء کان الشّرط متعذّرا حین العقد بناء علی عدم کون الشّرط الفاسد مفسدا او صار متعذّرا بعده و ظاهر الاصحاب الاتّفاق علی ذلک کلّه و کذا علی الصحّه و ثبوت الخیار فی جمیع العقود و قد صرّحوا بذلک فی کثیر من ابواب العقود منها باب النّکاح قالوا لو شرط کونها بنت مهیره فظهرت بنت امه کان له الفسخ و کذا لو شرطها بکرا فظهرت ثیّبا و استدلّوا علی ذلک بانّه مقتضی الشّرط و مقتضی دلیلهم کما تری ثبوت الخیار فیه فی جمیع صور الشّرط و لا ینافی ذلک اتّفاقهم علی عدم خیار الشّرط فی عقد النّکاح فانّ مرادهم من ذلک هو شرط الخیار لا الخیار الحاصل من جهه عدم سلامه الشّرط و تعذّره ثمّ الدّلیل علی الصحّه و ثبوت الخیار امّا من جهه الاجماع و امّا من جهه رجوعه الی خیار تعذّر التّسلیم فی البعض و امّا من جهه نفی الضّرر مؤیّدا بما رواه الشّیخ ره باسناده عن الحسین بن سعید عن فضاله عن ابان بن عثمان عن ابی الجارود عن ابی جعفر (ع) قال ان بعت رجلا علی شرط فان اتاک بمالک و الّا فالبیع لک و الخبر و ان کان ضعیفا بابی الجارود زیاد بن المنذر الّا انّه یعدّ کالصّحیح لکون الرّاوی عنه ابان المجمع علی تصحیح ما یصحّ عنه علی انّه منجبر بالشّهره و وجه الاستدلال انّ الظّاهر من لفظه ما فی قوله (ع) مالک کونها موصوله و یکون الظّاهر منها ح هو خصوص الشّرط و علی تقدیر ان یکون بکسر اللّام فالمراد بالمال المبیع مع الشّرط و الظّاهر من قوله (ع) و الّا فالبیع لک کون امره بیدک اذ لا معنی لکون البیع له الّا کون اختیاره إلیه و احتمال إراده الثّمن من المال لا یلتفت إلیه من وجهین الاوّل انتفاء الخصوصیّه ح لذکر کلمه علی شرط الثّانی انّه تخصیص بلا مخصّص و امّا من جهه انّه شرط للزوم بمعنی انّ تعذّر الشّرط یجعل العقد اللّازم متزلزلا و السرّ فی ذلک انّ الخصوصیّه الفائته امّا ان یجعل الموجود مباینا لما وقع علیه العقد بلحاظ قصد المتعاملین ففواتها یوجب بطلان العقد قطعا سواء کان اخذها بعنوان احد

العوضين كما لو قال بعتك كتاب المتاجر الّذى هو هذا بكذا او بعنوان التّوصيف كما لو قال بعتك هذا الكتاب الّذى هو المتاجر او بعنوان الشّرط كما لو قال بعتك هذا الكتاب بشرط ان يكون متاجر فانّ التّعبير بالوصف او الشّرط انّما هو لبيان ما يعتبر فى اصل المبادله و البيع و هو اعتبار معلوميّه العوضين و امّا ان لا يكون كذلك و لا يعدّ الموجود مباينا لما وقع عليه العقد و ح فلا وجه لبطلان العقد و غايه الامر انّ الالتزام بالعقد و المبادله بين المالين لمّا كان مشروطا و منوطا بتلك الخصوصيّه كان انتفائها سببا لانتفاء الالتزام بتلك المبادله و الوصف الفائت فى هذه الصّوره و ان كان موجبا لتفاوت القيمه الّا انّه لا يكون طرفا للمبادله

فان قلت انّ الشّرط فى ضمن العقد قيد فيه و مرتبط به و ليس التزاما مستقلّا واقعا فى ضمن العقد بل هو التزام فى التزام بحيث يكون الاوّل قيدا للثّانى فانتفاؤه يوجب انتفائه و بطلانه

قلت الشّرط فى ضمن العقد ان كان بمعنى الالتزام فهو امّا ان يكون التزاما صرفا فى ضمن التزام بحيث لا يرتبط بالبيع اصلا و امّا ان يكون التزاما مرتبطا باصل البيع بحيث يكون قيدا للبيع و المبادله و امّا ان يكون التزاما فى ضمن العقد و مرتبطا به بحيث يكون قيدا للزوم البيع و المبادله لا قيدا لاصله و الظّاهر من الشّرط الواقع غالبا هو الثّالث فانّ المتبادر من قولك بعتك الكتاب بعشر دراهم بشرط ان تخيط ثوبى هو المبادله بين المالين و تقييد الالتزام المبادلى بالخياطه بحيث لولاها فلا التزام بالبيع و هذا معنى رجوع القيد الى لزوم البيع و لازمه ثبوت الخيار و يؤيّد ما ذكرنا انّ العرف مع قطع النّظر عن الشّرع يحكمون بالخيار فى مورد تخلّف الشرط لا بطلان العقد و بالجمله فصحّه العقد و الخيار ليس على خلاف القاعده و لخصوص نفى الضّرر و الاجماع كما هو ظاهر عباره المتن بل لانّ العقد له مدلول مطابقى و هو المبادله بين المالين و مدلول التزامى و هو الالتزام بالمبادله الواقعه و القيد راجع الى الثّانى لا الاوّل فتدبّر نعم لو كان راجعا الى الاوّل بلحاظ قصد المتعاملين يبطل العقد بتعذّر الشّرط و امّا الثّانى فالظّاهر عدم جواز اخذ الارش لانّ الشّرط لا يقابل بالمال سواء كان له ماليّه أم لا و سواء كان الشّرط ممّا يزيد و ينقص بوجوده و عدمه فى ماليّه المال أم لا خلافا للعلّامه حيث يظهر منه التّفصيل بين ما كان الشّرط من الاوصاف الّتى لا توجب زياده فى قيمه الموصوف و انّما يوجب زياده الرّغبه فيه فقط فليس له الّا جواز الرّد دون الارش و ما كان من الاوصاف الّتى توجب زياده فى القيمه فله الخيار بين الردّ و اخذ الارش اى جزء من الثّمن نسبته إليه كنسبه التّفاوت الى القيمه و لو كان الشّرط عملا يعدّ مالا كخياطه الثّوب فتعذّر فالمنقول عن العلّامه ره تخيير المشروط له بين الفسخ و المطالبه به او بعوضه ان فات وقته و الظّاهر انّ مراده من العوض هو القيمه الواقعيّه و قال المصنّف بعد نقله هذا و ما ذكره قدّس سرّه لا يخلو عن وجه و ان كان مقتضى المعاوضه

کون الشّرط قیدا غیر مقابل بالمال و الظّاهر من المصنّف انّه اراد من الوجه المثبت للعوض انّ الشّرط و ان لم یکن مقابلا بالمال الّا انّ المشروط له یکون مالکا للعمل الّذی وقع شرطا و المفروض انّه مال فی حدّ نفسه فله مطالبته باخذ عوضه و قد تقدّم فی مسئله جواز الاجبار و عدم الخیار الّا مع تعذّره ما ینفعک فی المقام و لکن لا بدّ ان یعلم انّ علی هذا الوجه لیس الضّمان بالعوض من ضمان المعاوضه بل من ضمان الاتلاف و یختصّ بما لو کان المشتری هو المتلف للمبیع او المعیّب له بما یوجب تعذّر الوفاء بالشّرط المذکور و لا وجه للضّمان بالارش او عوض الفائت اذا لم یکن من قبله بل بآفه غیر اختیاریّه من قبل غیره او من قبل اللّه تعالی

[لو تعذّر الشرط و قد خرج العین عن سلطنه المشروط علیه بتلفٍ أو بنقلٍ أو رهنٍ أو استیلادٍ]

قوله بفسخ العقد الواقع علیه)

ای بانفساخه فلا تغفل

قوله (وجوه تقدّمت فی احکام الخیار)

ای فی التّصنیف و تاخّرت فی ترتیب الکتاب

قوله (بان لا یکون منافیا للوفاء بالشّرط)

و ذلک کان اشترط احدهما علی الاخر عملا ثمّ خرج العین عن سلطنه المشروط علیه بتلف او نقل او رهن او استیلاد ثمّ تعذّر علیه الوفاء بالشّرط

قوله وجوه خیرها اوسطها)

و ذلک لانّ حقّ المشروط له فی العین یکون من قبیل حقّ المرتهن علی العین المرهونه و قد مرّ انّ الاقوی وقوع بیع الرّاهن موقوفا علی الاجازه و لا یقع باطلا من اصله فان استدلّ علی البطلان و عدم صحّه تصرّف المالک و هو المشروط علیه بعدم کون الملک طلقا لانّه اذا تعلّق حقّ الغیر به فله فی هذا المال شی ء و علیه سلطنته و ان کان اضعف من سلطنه المالک یدفع بالعمومات و ما یستفاد من صحّه نکاح العبد بالاجازه معلّلا بانّه لم یعص اللّه و انّما عصی سیّده اذ المستفاد منه انّ کلّ عقد کان المنع عنه لحقّ الآدمی یرتفع المنع و یحصل النّفوذ و التّأثیر بارتفاع المنع و حصول الرّضا و لیس ذلک کمعصیه اللّه تعالی اصاله فی ایقاع العقد الّتی لا یمکن ان یلحقها رضا اللّه تعالی و الّذی یستفاد من الاخبار فی مختلف الابواب انّ المنع عن معامله اذا کان لحقّ الغیر الّذی یکفی اذنه السّابق لا یقتضی البطلان رأسا بل انّما یقتضی الفساد بمعنی عدم ترتّب الاثر علیه مستقلّا من دون مراجعه ذی الحقّ و یندرج فی ذلک مسئلتنا و الفضولی و عقد الرّاهن و المفلّس و المریض و عقد الزّوج لبنت اخت زوجته او اخیها و للامه علی الحرّه و غیر ذلک فانّ الممنوع فی جمیع ذلک هو کون العقد سببا مستقلّا لآثاره من دون مدخلیّه رضی احد غیر المتعاقدین و ان استدلّ علیه بانّ مقتضی وجوب الوفاء بالعقد الواقع مشروطا بنحو خاصّ هو النّهی عن ضدّه و لیس

النّهى متعلّقا بامر خارج عن المعامله متّحد معها كالاعانه على الاثم فى بيع السّلاح لاعداء الدّين كما انّه ليس من جهه مزاحمه وقوع العقد لواجب مضيّق او اهمّ كالبيع وقت النّداء حتّى يقال بانّ النّهى لا يقتضى الفساد بل النهى متعلّق

بالمسبّب و بمضمون المعامله بما هو فعل بالتّسبيب و يكون التصرّف و المعامله منهيّه لانّها مقدّمه سببيّه و مولّده للمسبّب و هذا النّهى متعلّق بالمسبّب فى الحقيقه لا من جهه مبغوضيّه ايجاد المسبّب عند الشّارع كالنّهى عن بيع المصحف للكافر و تحريم الظّهار حيث انّ الحرمه فى الاوّل لكونه سببا لتمليک الكافر المصحف و فى الثّانى لكونه سببا لحرمه وطى الزّوجه بل من جهه عدم كون المبيع فى العقد الثّانى ملكا طلقا فيكون من قبيل بيع ما لا يكون مالا عرفا او شرعا فالمعامله باطله و لو مع اجازه المشروط له لانّ العين بنفسها متعلّقه لحقّ الغير و قد نهى الشّارع عن التصرّف فيما هو متعلّق لحقّ الغير و هل هذا الّا نظير بيع العين المرهونه فانّ حقّ الرّهانه مانعه عن صحّته و يكون بيعه منهيّا فمقتضى القاعده بطلان التصرّف المنافى يدفع بانّ كون الحقّ ثابتا فى العين و النّهى متعلّقا بالمسبّب و المسأله من قبيل حقّ الرّهانه جميعها حسن متين الّا انّه فرق بين بيع ما يكون متعلّقا لحقّ الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه يكون موقوفا على الاجازه و الحقّ الثّابت فى العين للمشروط له و للمرتهن لا يقتضى الّا النّهى عن العقد على العين و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعه صاحبه فى ذلک و اثبات المنع و النّهى زائدا على هذا يحتاج الى دليل و مع عدمه يرجع الى العمومات و قال السيّد الطّباطبائى ره فى حاشيته بعد بيان بطلان العقد الواقع من المشروط عليه ما هذا لفظه هذا مع عدم الاجازه و امّا معها فيمكن الحكم بالصحّه لارتفاع المانع او لكونه كالفضولى و يمكن الحكم بعدم الصحّه أيضا لانّ العقد الثّانى ليس له حتّى يجيزه و لا واقعا على ماله بل كان المالک هو المتصرّف و حقّه كان مانعا عن نفوذ التصرّف فلم يؤثّر شيئا و انّما معنى اجازته اسقاط حقّه من حينها فكما لو لم يجز بل اسقط حقّه لا يثمر شيئا فكذا مع الاجازه فالفرق بينه و بين الفضولى فى كمال الوضوح الّا ان يقال انّ العقد يبقى موقوفا الى حين الاجازه و ارتفاع المانع كما فى الشّرائط المتاخّره كقبض المجلس فى الصّرف و السّلم لكنّه مشكل لانّ مقتضى القاعده تأثير العقد من حينه و مع عدمه من جهه المانع لا دليل على تأثيره بعد ذلک و الفرق بينه و بين الشّرائط المتاخّره انّها بمنزله الجزء للعقد بخلاف ارتفاع المانع فى المقام انتهى و ما ذكره وجها لعدم الصحّه من انّ العقد الثّانى ليس له حتّى يجيزه الخ ففيه انّ الاجازه من المشروط له رفع المانع و عدم المانع ليس من اجزاء السّبب حتّى يق انّ العقد الثّانى ليس للمجيز و لا واقعا على ماله و الاجازه رضا بمضمون العقد و متى كان الاجازه مؤثّره فى الفضولى و مصحّحه للعقد فهنا بطريق اولى لانّ اجازه المالک من اجزاء المقتضى و هنا من رفع المانع و توهّم انّ الاجازه انّما تؤثّر فى العقد الفضولى من باب انّها توجب استناده الى المجيز و بها يصير مخاطبا ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المشروط له لا يمكن ان يتوجّه إليه خطاب الوفاء فلا اثر لاجازته و ردّه لانّه لا موضوع لهما من جهته فانّه بالنّسبه الى اصل الملک اجنبيّ غايه الامر له حقّ بالنّسبه الى العين يوجب عدم نفوذ العقد

الواقع من المالك و هو المشترط عليه الّا بزوال هذا الحقّ امّا باسقاطه او الاتيان به مندفع بانّ كلّ من له اضافه الى العين المملوكه يكون الخطاب متوجّها إليه و السرّ فى ذلك انّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ليس خطابا تكليفيّا محضا بل هو خطاب وضعىّ و كنايه عن نفوذ العقد و مضيّه من قبيل المؤمنون عند شروطهم و يكون المشروط له فى المقام كالمالك فى الفضولى لانّ له حصّه من الاضافه المذكوره و لاجله يق انّ الملك للمشروط عليه ليس طلقا و كما انّ فى الفضولى للمالك اقرار العقد بالاجازه و ازالته بالردّ فكذا للمشروط له و تاثير الاجازه فى نفوذ العقد جار فى جميع ما هو من قبيل المقام و قد اشرنا الى بعضها و ما ذكره من انّ معنى اجازته اسقاط حقّه من حينها فكما لو لم يجز بل اسقط حقّه الخ ففيه ثبوت الفرق الواضح بين الاجازه و الاسقاط فانّ الاجازه كما سمعت رضا بمضمون العقد و مقتضى ثبوت الحقّ له هو صحّه رضاه بالبيع الواقع و نفوذ امضائه له فى زمان حقّه و ان لزم من الاجازه سقوط حقّه فالاجازه فى المقام نظير اجازه المالك بل هو اولى منها فى التّأثير و هذا بخلاف الاسقاط فانّ مدلوله اجنبىّ عن الرّضا بمضمون العقد و قبوله لمضيّه حال وقوعه بل الغالب انّه فى مقام الاسقاط يكون غافلا او غير مطّلع على العقد الواقع المنافى لحقّه فهو اشبه شى ء ببيع الفضولى لنفسه ثمّ تملّكه هذا مضافا الى منع كون اسقاط الحقّ لا يؤثّر شيئا و ذلك لانّ عدم مضىّ العقد و نفوذه من المشروط عليه ليس الّا لمزاحمه حقّ المشروط له و اذا اسقط حقّه اثّر المقتضى لانّ البيع ليس له و لا واقعا على ماله بل كان المالك هو المتصرّف و حقّه كان مانعا عن نفوذ التصرّف و لم يكن عدم الاثر من جهه قصور فى المقتضى بل كان من جهه المانع و اذا اسقطه و ازاله اثّر المقتضى و ليس الاسقاط من قبيل بيع الفضولى لنفسه ثمّ تملّكه حيث انّ الاقوى فى الاخير هو البطلان سواء اجاز البائع أم لا و ان كان شبيها به و ذلك للفرق بين العقد الّذى صدر عمّن لا يملك المبيع او ممّن لا يملك البيع و الاوّل عقد موقوف لقصور المقتضى و الثّانى عقد موقوف لوجود المانع و اذا كان القصور فى المقتضى فملكيّه المبيع لا يصحّح البيع الفضولى فانّه حين وقوعه كان موقوفا على اجازه مالكه فى تلك الحال و الفرض انّه لم يجز العقد الفضولى و بعد بيعه للفضولى لا اثر لاجازته لانّه ح يكون اجنبيّا و من صار مالكا فعلا لا اثر لاجازته لعدم كونه مالكا حين العقد الفضولى و اذا كان لوجود المانع فلا قصور فى العقد و اقتضائه الّا كون المبيع متعلّقا لحقّ الغير و اذا زال المانع اثّر المقتضى و لا مانع من نفوذه و لم يكن تمام الملاک فى صحّه البيع باجازه المشروط له هو كون مفاد الاجازه رضا بمضمون العقد و امضاء له بل الملاک فى الحقيقه هو كون الاجازه رافعا للحقّ و ما ذكره من انّ مقتضى العقد

تأثیر العقـد من حینه الـخ ففیه ما مرّ فی بیع الرّهن من انّ ادلّه سـببیّه البیع المسـتفاده من نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و النّاس مسـلّطون علی اموالهم و نحو ذلک عامّه و خروج زمان الرّهن او عدم تحقّق الشّرط یعلم انّه من جهه مزاحمه حقّ المرتهن او المشروط له الّذی هو اسـبق فاذا زال المزاحم وجب تأثیر السّـبب علی الاختلاف من حیث النّقل و الکشف و لا مجال لاستصـحاب عـدم تاثیر البیع للعلم بمنـاط المستصـحب و ارتفـاعه فالمقـام من بـاب وجوب العمـل بالعـامّ لاـ من باب استصـحاب حکم الخاصّ و لو تمّ هـذا الاشـکال فی الذّهاب الی تنفیذ الاجازه و الاسقاط للعقد الواقع من المشروط علیه و مضیّ العقد بلحوق ذلک و صحّ انّ مقتضی القاعـده تأثیر العقـد من حینه و لا دلیل علی تأثیره بعـد ذلک لجری ذلک فی الشّـرائط المتاخّره کقبض المجلس فی الصّـِرف و السـلم و ما ذکره من الفرق بانّ الشّـرائط المتاخّره بمنزله الجزء من العقد بخلاف ارتفاع المانع فی المقام ففیه انّ الجمیع من باب واحد و هو توقیف العقد علی امور متأخّره غایه الامر انّ بعضـها یکون جزء مؤثّرا فی المنشأ و ان تمّ العقد بدونه و بعضـها یکون مؤثّرا فی نفوذ العقـد و تـأثیره بـل القسم الاـوّل اولی بالاشـکال من حیث انّه مؤثّر فی صـحّه العقـد الواقع و تمـامیّته فی الاقتضاء بخلاـف الثّانی فانّه من رفع المانع و ما ذکره فی القسم الاوّل من انّه بمنزله الجزء من العقـد و قلنا انّه یکون جزء مؤثّرا فی المنشـأ انّما هو علی المشـهور أوّلا فالقبض فی الصّرف و السّلم و الوقف و اشباهها محلّ اختلاف بینهم فی کونه شرطا فی الصحّه او فی اللّزوم و کونه کاشـفا او ناقلا و قد علم من جمیع ما ذکرنا وجه القول بالبطلان رأسا و القول بالصحّه مع الاجازه و امّا الصحّه مط فهو مبنیّ علی ما تقـدّم من الشّـهید ره من انّ الشّـرط لا یوجب حقّا للمشـروط له و انّما فائـدته التّعلیق و انعقاد العقـد جائزا فعند تخلّف المشـروط علیه یکون للمشـروط له الفسخ من غیر توقّف علی التعذّر و کذا علی القول بعدم جواز الاجبار و ثبوت الخیار بمجرّد تخلّف المشـروط علیه و لو مع الاختیـار ثمّ لاـ یخفی علیـک جریان الوجوه المـذکوره فی الخیار المتّصل و امّا فی الخیار المنفصـل کالمقـام فلا یخلو عن اشـکال و هو عـدم الخیار فی حال التصـرّف النّاقل فلا وجه لبطلانه مط او جواز فسـخه و یتعیّن الرّجوع الی المثل او القیمه و سیتعرّض المصنّف ره لهذا الکلام فی احکام الخیار عند التعرّض لتلک الوجوه

قوله (کان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشّرط)

بمعنی انّ علی المختـار کان للمشـروط له اجازه البیع الواقع و ح یسـقط حقّه الثّابت بالشّـرط لانّه اسـقاط له و رضا بالعقـد الاوّل بدونه و کان له عدم اجازته و ردّه فیکون باطلا و منفسـخا و یجب علی المشـروط علیه الوفاء بالشّـرط لعدم تعذّره ح و لا یکون معه خیار فانّ بانفساخ العقد الثّانی و عدم تعذّر الشّرط لا موجب للخیار

قوله (فالظّاهر صحّه العقد الثّانی)

و علی فیتعذّر

الشّـرط و يكون للمشروط له الخيار فاذا فسخ العقد ففى انفساخ العقد الثّانى من حين الفسخ او من صـله او الرّجوع الى المثل او القيمه وجوه رابعها التّفصـيل بين التصرّف بالعتق و غيره و هذا التّفصيل كما يجرى على هذا القول و هو المختار على تقدير عدم الاجازه مبتيا على عدم اجبار المشروط عليه كذلك يجرى على المختار على تقدير عدم الاجازه و يجرى على القول بالصحّه مط كمـا انّه يجرى فى القسم الاوّل و هو ما لو كان التصـرّف و العقـد الثّانى غير مناف للوفاء بالشّـرط الّا انّ هـذا التّفصـيل لا وجه له اصـلا لانّ البناء على التّغليب انّما هو فى مسئله السّرايه كما اذا كان العبـد مشتركا فاعتق احـد المالكين حصّته فانّه ينعتق حصّه الاخر عليه للتّغليب و ليس بنائهم عليه مط حتّى فى مثل المقام كما لا دليل عليه و دعوى انّ فى العتق معنى القربه و العباده و حقّ اللّه تعالى و فيه حقّ للعبد أيضا مدفوعه بما ستسمعه فى المسأله التّاليه

قوله (و ظاهره ما اخترناه و يحتمل ضعيفا

يعنى انّ ظاهر س بطلان التصـرّفات الواقعه فى العبد المشـروط عتقه من البيع و الهبه و الوقف و هذا هو مختار المصنّف ره حيث قال خيرها اوسـطها فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشّرط و يحتمل ضعيفا ان يكون مراده فسخ العقد الاوّل و ينفسخ ح هذه العقود و كونه ح خلاف المختار لدلالته على صـحّه التصرّفات الواقعه لو لا فسخ المشروط له العقد الاوّل و وجه ضعف هذا الاحتمال انّ كلمه كلّه له ظهور فى تعلّق الفسخ بنفس المذكورات

قوله ثمّ انّ هذا الخيار كما لا يسقط)

اى لا يسقط بتصرّف المشروط له فيما انتقل إليه اذا تعذّر الشّرط

[قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو شرطٌ لا يقسّط عليه الثمن عند انكشاف التخلّف على المشهور]

قوله (لانّه امّا ان يكون مختلف الاجزاء او متّفقها)

و الاـوّل مـا كان مثليّا كما لو قال بعتك هـذه الصّبره بشـرط ان تكون عشـره ارطال و الثّانى ما كان قيميّا كما لو قال بعتك هـذه الارض على ان تكون عشره اجرب

قوله بالمقابله فتأمّل)

لاـ اشـكال فيمـا افاده من ملاـحظه جـانب الجزئيّه فيمـا كان عنوان المبيع فى الحقيقه هو كونه كـذا و كـذا جزء فبعـد ما علم انّ المقصود بالبيع هو المقـدار المعيّن و ان جرى العقـد عليه بلفظ الشّـرط لا بدّ من تقديم العنوان على الاشاره و كذلك فى صوره الشـكّ لاـنّ العرف حـاكم فى هـذا الشّـرط بالمقـابله و امّـا لو علم بكون الشّـرط مـأخوذا على حقيقته بـان كـان عنوان المـبيع و المقصود منه هو هذا الموجود الخارجى فمن الواضح عدم حكمهم بالمقابله و التّوزيع و يلحقه حكم الشّرط

قوله (و فيه منع عدم المعلوميّه لانّ الفائت

قال بعض الاعاظم الظّاهر انّ لفظه و فيه زياده من قلم النّاسخ و قوله منع مبتداء لقوله و

فيه مضافا الخ ه و العباره المصحّحه بتصحيح والدى قدّس سرّه هكذا و فيه منع منع عدم المعلوميّه فيكون المنع الاوّل راجعا الى دعوى استلزام جهاله ثمن المبيع فى ابتداء العقد و المنع الثّانى مبتداء لقوله و فيه مضافا الخ

قوله (و لعلّ هذا اظهر)

الاقرب جريان ما قدّمناه فى النّقيصه من انّه لو كان عنوان المبيع و المقصود منه هو المقدار المعيّن و كان الشّرط صوريّا فلا بدّ من تقديم العنوان و الحكم بانّ الزّياده للبائع و تخيّر المشترى للشّركه و لو كان الشّرط مأخوذا على حقيقته و عنوان المبيع هو هذا الموجود الخارجى فلا بدّ من الحكم بخيار البائع بين الفسخ و الاجازه لمجموع الشّى ء بالثّمن و مع الشّك يلحق بالاوّل فانّ الظّاهر انّ العرف يحكم بالمقابله فى هذا الشّرط سواء تبيّن النّقيصه او الزّياده الّا اذا علم من قصدهما كون الشّرط على حقيقته و لو دلّت القرنيه على انّ المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزّياده فحكمه ما فى المتن

[مسأله فى حكم الشرط الفاسد]

قوله (و لا تامّل أيضا فى انّ الشّرط الفاسد لاجل الجهاله)

قد عرفت فيما مرّ انّ جهاله الشّرط غير مفسد للشّرط الّا اذا اوجب الغرر فى البيع فلا تامّل فى انّ الشّرط الفاسد لاجل الجهاله الراجعه الى جهاله احد العوضين يكون مفسدا للعقد و كذا الشّرط الغير المقدور اذا اوجب تعذّر التّسليم فى احد العوضين و مثّل له فى الغنيه كما فى المتن باشتراط صيروره الزّرع سنبلا و البسر تمرا و كذا الشّرط الفاسد من جهه كونه منافيا لمقتضى العقد يكون مفسدا له و امّا اشتراط بيع المبيع من البائع ثانيا يكون مبطلا للعقد فبالاجماع و النصّ و كذا جعل الخشب المبيع صنما يكون مبطلا للعقد من جهه انّ المعامله على هذا الوجه اكل للمال بالباطل امّا المنافع المحلّله فلا يجوز استيفائها من جهه الشّرط و امّا المحرّمه فللنّهى من الشّارع

قوله (لعموم الادلّه السّالم عن معارضه ما يخصّصه)

نحو قوله تع احلّ اللّه البيع و غيره ممّا دلّ بعمومه او اطلاقه على صحّه المعاملات المشروعه امضاء او تأسيسا و كذا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على كون مفادها الارشاد الى صحّه العقد و لكنّ الانصاف عدم صحّه التمسّك ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فى المقام اذ لا اشكال فى انّه مشتمل على الخطاب و لكنّ الشّأن انّه ليس تكليفا محضا بل هو كنايه عن خطاب وضعىّ اعنى نفوذ العقد و مضيّه و على ايّ حال فالظّاهر منه هو الوفاء بالعقد على ما هو عليه من الخصوصيّات و حاصل غرض الماتن قدّس سرّه انّ المدّعى لصحّه العقد فيما كان فساد الشّرط لا لامر مخلّ بالعقد يكفيه العمومات و القائل بالافساد لا بدّ له من اقامه الدّليل و انتظر للجواب

قوله (و فيه بعد النّقض بالشّرط الفاسد فى النّكاح

اورد المصنّف قدّس سرّه على القائلين بانّ الشّرط الفاسد مفسد للعقد نقضين فى خصوص النّكاح احدهما النّقض بالشّرط الفاسد الّذى يكون بمنزله جزء من الصّداق حيث انّ اللّازم بناء على الافساد هو سقوط المسمّى رأسا و الرّجوع الى مهر المثل مع انّ الفتوى على خلافه كما فى صحيح الوشّاء عن الرّضا (ع) فيما لو جعل للمرأه عشرين الفا و لابيها عشره آلاف حيث قال (ع) المهر جائز و الّذى جعله لابيها فاسد و قد يتوهّم انّ بنائهم فى باب النّكاح فى صور فساد الصّداق على انّه اذا كان الفساد راجعا الى تقدير الصّداق كما اذا عقدا على شى ء لا قيمه له اصلا كالعقد على حرّ بتخيّل انّه عبد يرجع الى مهر المثل و اذا كان راجعا الى تعيينه كما اذا عقدا على مال فظهر انّه للغير يرجع الى مثل المسمّى او قيمته و النّقض المذكور ملحق بالقسم الثّانى فانّ فساد الشّرط لا يوجب بطلان اصل التّقدير بل غايته بطلان تعيين ما هو بمنزله الضّميمه للصّداق فيقوّم ما جعل صداقا مع الشّرط تاره و مع عدمه اخرى و يرجع الى التّفاوت و ح فلو ثبت تسالمهم على عدم الرّجوع الى شى ء مط و الاقتصار على ما هو المسمّى كما هو الظّاهر كان النّقض فى محلّه و الّا فمجرّد عدم الرّجوع الى مهر المثل لا يتمّ به النّقض اقول ان اراد هذا القائل بيان توضيح للمطلب فلا بأس به و ان اراد توجيه اشكال على المصنّف ره فهو فى غايه السّقوط لانّ المخالف القائل بفساد العقد عند فساد الشّرط يلزمه القول ببطلان اصل التّقدير و هو المسمّى و الرّجوع الى مهر المثل و الظّاهر اتّفاق الكلّ على عدم الرّجوع الى التّفاوت فى الشّرط الفاسد الّذى يكون بمنزله جزء من الصّداق و الاقتصار على المسمّى و لذا اعترف فى جامع المقاصد بانّ فى الفرق بين الشّرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا و ثانيهما ما سيصرّح به فى الجواب عن الدّليل الثّانى من عدم الخلاف نصّا و فتوى فى عدم فساد نكاح بمجرّد فساد الشّرط المأخوذ فيه فلا تغفل و امّا النّصوص الدالّه على ذلك فمنها صحيحتى محمّد بن قيس المتضمّنه إحداهما اشتراط المرأه فى عقد النّكاح انّ بيدها الجماع و الطّلاق و الاخرى اشتراط ان يجى ء الزّوج بالصّداق الى اجل و الّا فليس له عليها سبيل و قد حكم (ع) فيهما بصحّه العقد و ابطل الشّرط و صحيحته الثّالثه فى شرط عدم التّزويج و التسرّى و انّه ان تزوّج عليها او هجرها او تسرّى فهى طالق و قد حكم (ع) فيها بصحّه العقد و ابطل الشّرط و انتظر للبحث عنها

قوله (و ثانيا منع جهاله ما بإزاء الشّرط من العوض)

المهمّ فى الجواب هو الوجه الاوّل و قد تقدّم توضيحه و للمناقشه فى هذا الوجه مجال اذ لو سلّم انّ للشّرط قسطا من العوض و اذا فسد صار العوض مجهولا فمضبوطيّه التّفاوت عند العرف غير مفيد فانّ اللّازم

هو علم المتعاملين بالعوضين فى حال العقد ثمّ لا وجه لتفريق ما حكم به العلّامه من وجوب الارش فى المسألتين على كون التّفاوت مضبوطا عند العرف فانّه لم يعلّل حكمه به بذلک و لا ملازمه بينهما

قوله و ثالثا منع كون الجهاله الطّاريه الخ)

كما هو كذلک فى مسئله فساد الجزء مثل العقد على ما يملک مع ما لا يملک كالخمر و الخلّ و ما يملكه العاقد مع ما لا يملكه كما فى الفضولى و قد حكموا بصحّه البيع فى الجزء الصّحيح للنّص و الاجماع فكما يحكم بالصحّه فيهما و لا يقدح الجهاله بسبب فساد الجزء لمكان معلوميّه العوضين عند إنشاء العقد و يحكم بالخيار لتبعّض الصّفقه فكذا فى فساد الشّرط لا مانع من صحّه العقد و ثبوت الخيار

فان قلت انّ هذا لا يتمّ فى صوره علم المتبايعين او احدهما بفساد الشّرط

قلت قد سبق الجواب عن هذا فى بيع ما يقبل التملّک و ما لا يقبله فراجع

قوله او انكشف فقد بعض الصّفات المأخوذه)

و كذا تخلّف الشّرط الصّحيح لاجل تعذّره او لامتناع المشروط عليه عن الوفاء نعم لو قيل بانّ العقد ليس مقيّدا بالملتزم بل هو مقيّد بالالتزام بحيث متى حصل كفى فى حصول المقيّد و ان لم يأت بما التزم به لم يكن تخلّف الشّرط الصّحيح مط من موارد النّقض لانّ المتخلّف بالتعذّر او الامتناع هو الملتزم و امّا الالتزام فان كان صحيحا فقد كان حاصلا حين العقد و لم يتخلّف فلا موجب للخيار او فساد العقد و أمّا اذا كان فاسدا فهو بمنزله العدم و الشّرط ح يكون غير حاصل و لازمه فساد العقد و لكنّ الشّأن فى انّ اختيار كون الشّرط نفس الالتزام مجرّد و هم فانّ الغرض من الالتزام وقوع الملتزم فهو القيد و المرتبط بالعقد حقيقه و من الظّاهر ان نفس الالتزام يعدّ فى ناحيه العقد و المعامله و الملتزم يعدّ فى ناحيه العوضين و الالتزام بنفسه ليس شرطا و لم اجد قائلا بذلک فيما اعلم ثمّ اعلم انّ هذه النّقوض المذكوره انّما هى بناء على ما ذكره ره من منع كون ارتباط الشّرط بالعقد على وجه يحوج انتفائه الى معاوضه جديده عن تراض جديد و امّا بناء على ما هو المختار فى الشّرط الصّحيح و الفاسد من انّه على قسمين فلا مجال للنّقض

قوله (و قد تقدّم انّ ظاهرهم فى الشّرط الغير المقصود)

الانصاف انّ عدّ هذا و كذا الشّرط الغير المذكور فى العقد من موارد النّقض فى غير محلّه لما مرّ من عدم لزوم هذين الشّرطين و عدم اجراء احكام الشّرط عليهما

قوله (و حلّ ذلک انّ القيود الماخوذه الخ)

و فيه انّه لا اشكال فى كون القيود على قسمين كما ذكرنا فى المسأله الرّابعه من مسائل حكم الشّرط الصّحيح من انّ الخصوصيّه

الفـائته عنـد عـدم الشّـرط امّا ان يجعل الموجود مباينا لما وقع عليه العقـد ففواتها يوجب بطلان العقـد و امّا ان لا يكون كـذلك ففواتها سبب للخيار لرجوع الشّرط ح الى لزوم البيع و الالتزام المبادلى الّا انّ المصنّف ره يرجع القسمين الى

العرف و الانصاف انّه ليس كذلك بل تعيين القسمين منوط بقصد المتبايعين فقد يجعلان الوصف العارضى الّذى لا يكون عند العرف ركنا قيدا ركنيّا للمطلوب و قد يكون بالعكس و قد ذكرنا فى المسأله المشار إليها انّ فقدان الشّرط اذا جعل الموجود مباينا لما وقع عليه العقد بلحاظ قصد المتعاملين فالعقد باطل سواء كان اخذ الخصوصيّه بعنوان احد العوضين او بعنوان التّوصيف او بعنوان الشّرط و اذا لم يجعل الموجود مباينا لذلك لم يوجب فقدانه الّا الخيار و السرّ فى ذلك ما ذكره قدّس سرّه فى الدّليل الثّانى للمانعين للصحّه من انّ التّراضى انّما وقع على العقد الواقع على النّحو الخاصّ فاذا تعذّرت الخصوصيّه لم يبق التّراضى فالتمسّك بالعمومات لصحّه العقد فى غير محلّه لانّها مقيّده بالقصد المنفىّ فى صوره فساد الشّرط فانّ البائع انّما رضى فى المبادله على هذا الشّرط و اذا لم يسلم كانت تجاره عن غير تراض مع انّ التّراضى شرط اجماعا و قد اشتهر بينهم تبعيّه العقد للقصد و تمسّكوا بهذه القاعده فى كثير من الابواب كشرط عدم اشاعه الحصّه فى المزارعه او فى المساقاه او فى المضاربه و شرط عدم التّزويج عليها فى النّكاح و شرط عدم التصرّف فى المبيع و نحو ذلك و الغرض من هذه الجمله انّ العقد اذا امكن حصوله على انحاء مختلفه من الاطلاق و التّقييدات المتكثّره الحاصله بالشّروط و غيرها فالعقد تابع للقصد بمعنى انّ الماهيّه المطلقه يحكم بحصولها فى ضمن ما قصد من افرادها كما انّ المدار فى القصد هو قصد المتعاملين معا و لا يكفى فى ذلك قصد احدهما و ليس المعنى انّ كلّ ما يترتّب على العقود من الآثار و الثّمرات الخارجه و الاحكام اللّاحقه لا بدّ ان يكون المتعاملان عارفين به و يقصد انه فى العقد و مع عدم القصد لا يصحّ و الّا لزم بطلان اكثر العقود فما يحتمل وجوها كثيره و امكن تقييد العقد المشتمل على العوضين الواجد لشرائط الصحّه ببعض منها و لم يذكر فى العقد شى ء منها و لم يكن معيّنا عندهما فالقدر المشترك من غرضهما و هو مطلق العقد الواقع يحكم بوقوعه و ما عداه يبنى فيه على الاطلاق و لا اشكال فى انّ الشّرط تعيين لوجه من الوجوه المحتمله و مع ثبوته فالعقد محمول عليه و قد علمت فيما سبق انّ الشّرط الواقع فى ضمن العقد ليس لمجرّد الالتزام فقط بل هو امّا لربط اصل العقد و المعامله به و امّا لربط لزومه به و اذا كان لربط اصل العقد و كان فاسدا فما وقع عليه القصد من المركّب لم يقع و المطلق لم يتعلّق به القصد و ليس العقد دالّا على وقوع المعامله و ان انتفى الشّرط بل هو دالّ على عدمه بدونه فالتمسّک بالعمومات لا ينفع فى الصحّه لانّ العقد المعيّن بنظر المتعاملين كان مقتضيا للأثر بهذا القيد و مقتضاه عدمه عند عدم القيد و ان شئت قلت انّ العمومات من احلّ اللّه البيع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم تدلّ

على البطلان للوجه الّذى ذكرناه بل لو فرض انّ العقد بظاهره اقتضى الوقوع بدون الشّرط فاللّازم عدم الحكم بالصحّه لعدم القصد الى ذلك نعم لو كان العقد دالّا على قصدهما للوقوع بدون الشّرط بان دلّ على كون الشّرط مرتبطا باللّزوم و قيدا للمدلول الالتزامى للعقد لا لاصله و لو بدعوى شهاده العرف بذلك فى غير ما كان العقد ظاهرا فى كون الشّرط قيدا لاصل البيع كما ذكرناه سابقا فى الشّرط الصّحيح فلا بأس فى الحكم بالصحّه ثمّ انّه قد يتوهّم فى المقام اشكال و هو انّه اذا كان الشّرط فاسدا فكيف يؤثّر فى العقد امّا بافساده رأسا و امّا برفع لزومه باثبات الخيار و الدّفع انّ فى صوره فساد العقد ليس ذلك فى الحقيقه من ناحيه الشّرط بل لما عرفت من عدم التّراضى و عدم شمول العمومات و كذلك فى صوره صحّه العقد ليس السّبب فى الحقيقه لرفع اللّزوم و الخيار فساد الشّرط و هذا واضح جدّا و بالجمله فالانصاف انّ الشّرط الفاسد اذا كان قيدا لاصل المعامله بحيث يلحق باحد العوضين فى قصد المتعاملين يكون مفسدا للعقد سواء كان المشروط كليّا او جزئيّا و اذا كان قيدا للزومها فلا يكون مفسدا و يحكم بصحّه العقد مع الخيار و اذا شكّ فى ذلك يحكم بصحّه العقد و من هنا يمكن ان يق انّ النّزاع لعلّه لفظىّ و لا يبعد ان يكون جماعه من القائلين بالافساد ارادوا القسم الاوّل و بالعكس و يجرى ما ذكرنا فى الشّروط المتعدّده فى العقد الواحد فقد يفسد العقد بفساد بعضها و قد يثبت الخيار و لو تعدّدت العقود فقد تفسد بفساد شرط واحد متحدا او منضما الى غيره و قد يجى ء الخيار و فى الشّروط المتداخله كشرط الشّرط يجى ء الحكمان فى الشّرط السّابق دون ما عداه و الظّاهر انّ ما ذكرنا من القسمين لا يختصّ بشروط البيع بل يجرى فى سائر العقود اللّازمه بالاصل او بالعارض بل و فى العقود الجائزه اذا كان الشّرط راجعا الى اصل العقد ففساده يقضى بفساد الاذن و الاباحه

قوله (على ان ليس منه علىّ وضيعه)

اى بشرط ان يكون الضّرر و النّقص على البائع الاوّل اذا باعه المشترى بالوضيعه و النّقص و المشهور على بطلان هذا الشّرط لانّه مخالف للكتاب و السّنّه فانّ مقتضى القاعده وقوع النّقص على مالك المال و احتسابه على الاخر لا وجه له

فان قلت اذا اشترط دفع البائع الاوّل من ماله الى المتضرّر معادل النّقص من دون ان يكون النّقص محسوبا عليه ابتداء لم يكن مخالفا للقاعده و لا مانع من صحّته الّا شبهه الجهاله و قد سبق انّ الاقوى عدم اشتراط المعلوميّه فى الشّرط

قلت هذه جهاله يوجب الغرر فى البيع و العوض و قد سبق اعتبار المعلوميّه ح و بالجمله الظّاهر فساد هذا الشّرط لما ذكرنا و لاجل ذلك يحمل خبر عبد الملك على البطلان و ان لم يكن صريحا فى ذلك و فى المختلف ما يزيدك بصيره فى المسأله و هذا لفظه قال الشّيخ فى ط و ف اذا باعه بشرط الاخسار عليه بطل الشّرط و هو الاشهر و فى

الاستبصار ما يشعر بجوازه فانّه قال من باع من رجل شيئا على ان ربح كان بينهما و ان خسر لا يلزمه شى ء ثمّ صدّر الباب بما رواه عن ابى الرّبيع عن الصّادق (ع) فى رجل شارك رجلا فى جاريه فقال له ان ربحت فلك و ان وضعت فليس عليك شى ء فقال لا بأس بذلك ان كانت الجاريه للعامل بذلك و من عادته فى هذا الكتاب ان يصدّر الباب بما يعتمد عليه ثمّ قال فامّا ما رواه احمد بن محمّد بن عيسى عن علىّ بن الحكم عن عبد الملك بن عتبه قال سألت أبا الحسن موسى عليه السّلام عن الرّجل ابتاع منه طعاما او ابتاع متاعا على انّه ليس علىّ منه وضيعه هل يستقيم هذا و كيف يستقيم وجه ذلك قال لا ينبغى ثمّ قال الوجه فيه ان يحمله على ضرب من الكراهه دون الخطر و هذا يعطى جواز البيع و الشّرط عند الشّيخ و المعتمد بطلانهما معا بحديث عبد الملك بن عتبه فانّه صحيح السّند و حمل الشّيخ ممنوع و امّا ما رواه الشّيخ أوّلا فانّا نقول بموجبه اذ نفى البأس فى ذلك لا يستلزم التّمليك فنقول يجوز مثل ذلك على سبيل التبرّع لا الوجوب و سند روايه الشّيخ عندى لم يثبت صحّته ه

قوله (اذ مع صحّه العقد لا وجه لكراهه الوفاء)

الظّاهر انّ المستدلّ يرجع كلمه لا ينبغى الى اصل البيع و يحمله على الحرمه و يوجّه ذلك بانّه لو حمل على الكراهه لزم صحّه العقد و الشّرط مع الكراهه و مع صحّه العقد لا وجه لكراهه الوفاء بالوعد لانّ العمل بالشّرط لا يخرجه عن كونه وفاء بالوعد و فى الاستدلال بالرّوايه و ان رواها الشّيخ بسند صحيح أوّلا ما سيذكره المصنّف من ظهور لا ينبغى فى الكراهه و لا بأس فى ان يكون المراد كراهه هذا البيع فلا يدلّ على فساد الشّرط فضلا عن فساد البيع المشروط به و ثانيا لا دافع لاحتمال ارجاع لا ينبغى الى الشّرط سواء اريد منه الحرمه او الكراهه قولكم لا وجه لكراهه الوفاء بالوعد و الوفاء بالشّرط الفاسد مستحبّ من حيث انّه وعد يجاب عنه بانّ الوفاء من حيث الوعد غير الوفاء من حيث الشّرط فانّ الوفاء بالشّرط واجب و يكون الكراهه متعلّقه بجعل هذا الشّرط واجبا عليه و ثالثا لو سلّمنا عدم ظهور لا ـ ينبغى فى الكراهه فلا اقلّ من اجماله و كيف يمكن التمسّك به لاثبات حرمه اصل البيع و فساده و رابعا لو سلّم الدّلاله على فساد البيع فغايه مدلول الرّوايه هو فساد البيع الوضيعه خاصّه و لا وجه لجعلها دليلا على الكليّه و يتعدّى من موردها الى غيرها و من الواضح انّ محلّ البحث فى غير ما دلّ دليل خاصّ من نصّ او اجماع على فساد عقد بفساد شرطه و هذا كلّه بالنّظر الى خصوص الرّوايه و الّا فقد علمت انّ شرط الوضيعه فاسد لانّه مخالف للكتاب و السنّه

قوله (و روايه الحسين بن المنذر قال قلت

المرويّه فى الكافى و السّند حسن

قوله

فلا بأس و دلالتها اوضح من الاولى)

و ذلك لانّ لا ينبغى فى الرّوايه الاولى و ثبوت البأس بالمفهوم فى الثّانيه لم يكونا صريحين فى ارجاعهما الى اصل المعامله و يقوم فيهما احتمال ارجاعهما الى الشّرط و امّا هذه فصريحه فى انّ متعلّق الباس و عدمه هو العقد لا الشّرط و ستعرف فى الجواب انّ المقصود من متعلّق البأس و عدمه هو الشّراء بالنّقيصه الواقع بعد المعامله الاولى و فساده ح لا من حيث انّ فساد الشّرط يقتضى فساد العقد بل من حيث انّ العقد الثّانى انّما يقع مبتيا على الشّرط الفاسد و يثبت هذا المعنى قوله (ع) و رضيا بعد قوله اذا لم يشترطا

قوله (النّاشى عن التزامه فى خارج العقد الاوّل

و كذا يحتمل ان يكون وجه فساد الشّراء منه هو عدم رضاء البائع عن طيب النّفس بشرائه و انّما يشتريه بنقيصه من جهه الالتزام بالشّراء فى المعامله الاولى و لا شكّ انّ هذا الشّرط فاسد فالشّراء الواقع من حيث الالتزام بالشّرط الفاسد فاسد لانّه يكون وفاء بالشّرط

قوله (و منها مرسله جميل و صحيحه الحلبى)

و يرد على الاولى مضافا الى مخالفتها لفتوى المشهور و الى احتمال وقوع الشّرط فى عقد لازم اخر غير عقد بيعها و وقوع البيع غير مشروط فصحّه بيع الجاريه ح من جهه عدم اشتماله على شرط فاسد انّ الرّوايه ليس لها ظهور فى الجمع بين الشّروط الثّلاثه فى بيع واحد و يحتمل قويّا ان تكون الواو بمعنى او و مع قيام الاحتمال يسقط الاستدلال و على الثّانيه بانّ قوله (ع) فانّها تورّث لا دلاله فيه اصلا على صحّه البيع و غايته الدّلاله على انّ عدم الميراث حكم لا يقبل التخلّف

قوله (بل يمكن ان يستفاد من قوله بعد ذلك)

يردّه انّ مجرّد الامكان لا يكفى مع قيام الدّليل القطعى على خلافه

قوله (و يؤيّده ما ورد فى بطلان الشّروط الفاسده)

عبّر ره بالتّاييد إشاره الى ما سبق فى ذكره للنّقوض بانّ المقصود من ذلك انّه لا يستحيل التّفكيك بين الشّرط و العقد و الجواب انّه قد عرفت انّ الشّرط على قسمين الاوّل ما يؤخذ بحسب قصد المتعاملين قيدا فى اصل العقد و الثّانى ما يؤخذ قيدا فى لزومه و فى هذا القسم لا يتسرّى فساد الشّرط الى اصل العقد و شروط النّكاح كلّها من هذا القسم لوضوح انّ النّكاح ليس بمعاوضه محضه و ليس الشّروط المأخوذه فيه لبيان ما يعتبر فى اصل المعاوضه و من حيث اعتبار معلوميّه العوضين حتّى يكون الفاقد للشّرط مباينا للواجد و لو فرض اخذ شرط فى باب النّكاح من القسم الاوّل كان مقتضى القاعده الافساد و لو فرض الاشتراط و اطلق المتعاقدان من حيث ارجاع الشّرط الى احد القسمين حمل على الثّانى لما عرفت من انّه المتبادر من الشّرط فى

العقد حين الاطلاق و دعوى انّ ظاهر الاخبار الوارده فى شروط النّكاح و كذا كلمات الاصحاب فيها هو عدم الفرق فى صحّه العقد و فساد الشّرط بين قصد الزّوجين المعنى الاوّل او الثّانى بل ظاهرهم انّ محلّ البحث هو القسم الاوّل غير مسموعه لما عرفت من انّ شروط النّكاح من القسم الثّانى و ان ابيت عن ذلك كلّه فالغايه انّه وردت أخبار فى باب النّكاح فى خصوص بعض الشّروط و لا بدّ من الاقتصار على تلك الموارد الخاصّه و ليس فيها ما يدلّ على صحّه العقد بقول مطلق حتّى يتسرّى منها و يكون قاعده فى ذلك الباب و مثله الكلام فى دعوى الاجماع فلنا منعه على اطلاقه لوقوع الخلاف بينهم فى الشّرط المخالف لمقتضى العقد و قد اختلفوا فى مواضع اخر أيضا منها اشتراط عدم المهر اصلا و منها اشتراط الخيار فى النّكاح حيث لا خلاف بينهم فى فساد الشّرط و ذهب المشهور الى فساد العقد أيضا فيهما و ان ابيت عن هذا أيضا كان باب النّكاح خارجا عن قاعده تبعيّه العقود للقصود بالتعبّد و النصّ و كان التصرّف المترتّب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به تصرّفا لا عن تراض جوّزه الشّارع تعبّدا و قهرا على المتعاقدين و يكون من قبيل الاسباب

قوله (لزوم الدّور و فيه ما لا يخفى

اجاب فخر المحقّقين فى محكىّ الايضاح بانّ كون هذا شروطا مجاز لانّها تابعه للعقد او العقد سبب فيها فلا يعقل كونها شرطا له و الّا دار بل هى من صفات البيع تختلف الاغراض باختلافها و عنه أيضا فى شرح الارشاد ناقلا عن والده انّ هذا الدّور دور معيّه كالصّلاه و اجزائها فانّ مجموع الصّلاه متوقّفه على اجزائها من حيث الصحّه و اجزائها من حيث الصحّه متوقّفه على مجموعها و عن جامع المقاصد انّ الشّروط شروط لتأثير العقد لا لنفسه و الاحسن ان يقال انّ البيع اذا لوحظ فى نفسه فصحّته موقوفه على عدم اشتماله على الشّرط الفاسد و ليست موقوفه على صحّه الشّرط لوضوح انّه قد لا يكون له شرط و اذا لوحظ مشتملا على الشّرط و قلنا بانّ الشّرط الفاسد مفسد له فان اريد من صحّه الشّرط الصحّه الشّأنيّه و صلاحيّته لان يقع صحيحا و واجب الوفاء فصحّه البيع يتوقّف على صحّه الشّرط بهذا المعنى لكن صحّه الشّرط لا يتوقّف على صحّه البيع بل على الشّروط المتقدّمه كعدم مخالفه الكتاب مثلا و ان اريد من صحّه الشّرط الصحّه الفعليّه و وجوب الوفاء به فعلا فهى موقوفه على صحّه البيع لكن صحّه البيع ليست موقوفه على هذه الصحّه هذا مضافا الى انّ الدّور المتصوّر فى المقام على فرض تسليمه معىّ كما سمعته و لا غائله فيه

قوله (ثمّ على تقدير صحّه العقد ففى ثبوت الخيار الخ)

التّقييد بالجهل للاحتراز عن صوره العلم

بفساد الشّرط حال العقد بدعوى انّ فى تلك الصّوره يكون مقدما على ضرر نفسه و الظّاهر ثبوت الخيار للمشروط له من غير فرق بين الصّورتين لانّه على وفق القاعده لما تقدّم فى خيار تخلّف الشّرط من انّ بانتفاء الشّرط و الخصوصيّه المأخوذه فى اللّزوم يكون الالتزام بالمبادله منتفيا و التعذّر الشّرعى كالعقلىّ و المشروط له لم يلتزم بالفاقد و انّما التزم بالعقد مع الشّرط و الزامه بالعوض من دون سلامه الشّرط له لفساده لا دليل عليه فلا موجب للزوم العقد بالنّسبه إليه و ادلّه لزوم الوفاء بالعقد انّما يفيد اللّزوم على حسب ما اشتمل عليه العقد فان كان بلا شرط فلزومه على حسبه و ان كان معه و كان صحيحا فلزوم العقد على حسب ذلك الشّرط و ان كان فاسدا فلا لزوم له لانّ الفرض تعذّر الشّرط و بناء على انّ الخيار فى صوره تعذّر الشّرط ليس على القاعده و انّما ثبت فى بعض الموارد بالاجماع و نفى الضّرر كان عدم الخيار مط ثمّ التّفصيل بين العلم و الجهل حسنا

[القول فى أحكام الخيار]

[مسأله فى أن الخيار موروث و الاستدلال عليه]

قوله (الخيار موروث بانواعه بلا خلاف)

الظّاهر انّ اصل المسأله اجماعيّه و لا ينافى ذلك الاختلاف فى بعض المواضع من جهه خصوصيّه خارجه عن اصل المسأله كالخلاف فيما سيأتى من انتقاله الى الوارث فيما كان لاجنبىّ و الخلاف فى بقاء خيار المجلس بعد موت احد المتبايعين او كليهما فانّ القول بعدم البقاء انّما هو من جهه دعوى حصول الافتراق بافتراق الارواح الّذى هو اعظم من افتراق الابدان

قوله (لانّه من الحقوق كالشّفعه و القصاص)

امّا حقّ الشّفعه فهو موروث يرثه جميع الورّاث حتّى الزّوجه على المشهور و قال بعض الاعاظم ظاهرهم انّ الزّوجه ترث حقّ الشّفعه حتّى فى العقار الّذى هى محرومه عنه و يمكن حمل كلامهم على غيره انتهى و لا يخفى انّ القول بارثها من حقّ الشّفعه اذا كانت محرومه من متعلّقها فى غايه الاشكال و ان قلنا بارثها من حقّ الخيار كما ستسمعه لانّه يعتبر فى الاخذ بها كون الأخذ شريكا و قد كان للمورّث بمعنى ثبوت حقّ ابطال المعامله و ارجاعها الى نفسه بمثل الثّمن الّذى نقده المشترى و إرثه عباره عن انتقال هذا الحقّ الى الوارث بان يرجع المعامله الى نفسه بمثل الثّمن من ماله و لا بدّ فى ذلك من كونه شريكا و امّا حقّ القصاص فموروث و لا يرثه الزّوج و الزّوجه و اذا صولح بالديه يرثانها بلا خلاف و فى إرث المتقرّب بالامّ و النّساء المتقرّبات بالاب خلاف و امّا نقل كلّ منهما الى من هو عليه فلا اشكال عندهم ظاهرا اذا كان بالصّلح و نحوه و امّا النّقل الى غير من هو عليه فعن جماعه المنع عنه بل الظّاهر اتّفاقهم على ذلك اذ لم نطّلع على قائل بجواز النّقل الى الاجنبىّ او الّذى لم يكن شريكا فى متعلّق الشّفعه من غير فرق بين النّقل مستقلّا و منضمّا الى حصّته نعم جوّز بعض نقل حقّ الشّفعه الى احد الشّركاء

كان يصالح احدهم بمقدار حقّه فيما اذا كانوا ازيد من واحد و قلنا بجريان الشّفعه فى ازيد من شريكين او كانوا ورّاثا و يتّجه ح سؤال الفرق بين الانتقال القهرىّ بالارث و النّقل الاختيارى الى الاجنبىّ باحد النّواقل خصوصا فى نقل الشّريک بعد ثبوت الحقّ حقّه منضمّا مع حصّيته مع اتّحاد الكلّ فى كونه نقلا و يجاب بعد وضوح الفرق بانّ الارث مرجعه الى قيام الوارث مقام المورّث و لذا كان له ما ترک من حقّ و هذا بخلاف النّقل الاختيارى فانّه من تحويل الملک من المالک الى غيره صرفا لا من قيام الغير مقام المالک انّ الفارق بين الحكمين بعد منع عموم يقضى بصحّه النّقل فى كلّ حقّ الّا ما خرج و لو سلّم فمرجع الشّک هنا الى الشّکّ فى القابليّه الّتى لا يمكن احرازها بالعموم هو قيام الدّليل من الاجماع و غيره على الانتقال القهرى ثمّ انّه قد قدّمنا فى صدر البيع انّ حقّ الخيار أيضا يقبل النّقل الى من هو عليه دون غيره

قوله (على انتفاء الخيار بالتصرّف معلّلا بانّه رضى)

فانّ الخيار لو كان حكما لم يكن لسقوطه بالرّضا وجه

قوله (لانّ الحقّ لا يتقوّم الّا بالمستحقّ)

فان استصحب الخيار للميّت كان منافيا للمقصود لانّ المقصود ثبوته للوارث و ان استصحب كونه للوارث فهو عادم لليقين السّابق

قوله (ففى الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفايه)

مضافا الى انّه حقّ مالىّ و كلّ ما يكون كذلک ينتقل بالموت الى الوارث كما هو الشّأن فى غيره من الحقوق مضافا الى النبوّى المرسل المنجبر بالعمل ما ترک ميّت من حقّ فهو لوارثه المؤيّد بعمومات الكتاب و السنّه ثمّ اعلم انّ هذا فيما كان الخيار حاصلا فعلا للميّت و أمّا اذا لم يكن حاصلا بالفعل كما لو مات البائع فى الثّلاثه فهل ينتقل خيار التّأخير الى الوارث كخيار ردّ الثّمن و خيار الشّرط بعد شهر مثلا و نحو ذلک أم لا وجهان من انّ السّبب فيه الضّرر الحاصل بالتّأخير فلا يتحقّق الّا بعد الثّلاثه و سببيّه ملكيّه الحقّ ليست حقّا و فرق بين خيار التّأخير و خيار الشّرط و الخيار المشروط بردّ الثّمن فانّ ملكيّه الخيار فى الاخيرين حاصله و الزّمان المتاخّر يكون زمانا لنفسه كما فى تمليک المنفعه بعد شهر و من انّ العقد سبب الخيار فيكفى وجوده فى توريث الخيار

قوله (فلو فرض استغراق دين الميّت لتركته لم يمنع)

الوجوه المتصوّره فى المقام ثلاثه الاوّل ما جزم به المصنّف ره الثّانى عدم التّوريث و لو على القول بانتقال التّركه الى الوارث فانّه ممنوع من التصرّف و الفسخ عملا بمقتضى الخيار تصرّف الثّالث انّ حقّ الخيار حكمه حكم المال فعلى القول بعدم انتقال المال الى الوارث لا ينتقل ذلک أيضا و على القول بالانتقال ينتقل

الحقّ أيضا لكنّه كما يكون ممنوعا من التصرّف فى المال فكذلك يكون ممنوعا من العمل بالخيار و الاقوى هو الاوّل للعمومات و لا- مانع من كون الخيار لشخص و يرثه ورثته و العين الّتى تعلّق بها الخيار لشخص اخر لانّ ملكيّه الخيار لا دخل لها بملكيّه العين و لا- تلازم بينهما و معنى كون الخيار حقّا ماليّا ليس الّا تعلّقه بالمال لا كون المتعلّق أيضا ملكا لمالك الخيار و لا بعد فى تسلّط الغير على ادخال المال فى ملك الشّخص قهرا و اخراجه عن ملكه بالخيار اذا كان حقّا ثابتا له او لمورّثه و ستعرف فى خيار الاجنبىّ انّ القول بعدم انتقاله الى وارثه انّما هو من حيث انّ ظاهر الجعل او محتمله مدخليّه نفس الاجنبىّ فلا يدخل فيما تركه و الّا فلو علم بجعل الخيار له من دون اختصاص بشخصه ورث الخيار ورثته بعد الموت للعموم نعم لو كان اعمال الخيار مزاحما لحقّ الغرماء و ضررا عليهم اتّجه المنع ح لذلك و تقويه المصنّف ره للتّفصيل المنسوب الى فخر الدّين ره فى إرث الزّوجه للخيار بالنّسبه الى العقار لا- ينافى جزمه هنا بالتّوريث مط حتّى بناء على عدم الانتقال لثبوت الفرق حيث انّ الزّوجه ممنوعه محرومه من الارث فعلا و شأنا بخلاف الوارث مع الدّين و لو على القول بعدم انتقال التّركه إليه حيث انه ممنوع فعلا لا شأنا لوضوح انّ باداء الدّين او الابراء عنه مثلا يكون ملكا فعليّا للوارث و لعمرى انّ الفرق بين المسألتين واضح

قوله (و لو كان حرمانه من المال لتعبّد شرعىّ كالزّوجه)

و يستدلّ للوجه الاوّل و هو عدم الارث مط بما ذكره المصنّف ره من انّ ما يحرم منه هذا الوارث ان كان قد انتقل عن الميّت فالفسخ لا- معنى له الخ و ليس غرضه قدّس سرّه من عبارته ما يلوح من ظاهرها و هو انّ الخيار حقّ فيما انتقل عنه حتّى ينكر ذلك عليه بما سبق فى معنى الخيار من انّه ملك فسخ العقد و حلّه بل مقصوده انّ الخيار و ان كان حقّا متعلّقا بالعقد من حيث حلّه و فسخه الّا انّ هذا التعلّق ليس من حيث نفسه و بذاته بل لكونه طريقا لاسترجاع ما انتقل عن صاحبه و ردّ ما انتقل إليه و هذا ممتنع فى حقّ المحروم و لا معنى لفسخه و ان شئت قلت انّ الاصحاب صرّحوا بكون الخيار حقّا ماليّا و به علّلوا توريثه و المراد من الحقّ المالى ان يكون متعلّق الحقّ ما لا يعود الى ذى الخيار او وارثه بعد فسخه و لا ريب انّ الزّوجه ان كانت محرومه عمّا انتقل عن الميّت فبفسخها لا- ينتقل إليها بإزاء ما ينتقل عنها من الثّمن شى ء من المثمن و ان كانت محرومه عمّا انتقل الى الميّت فهو لباقى الورثه و لا سلطنه للزّوجه المحرومه و الخيار حتّى فيما انتقل عن الميّت بعد احراز تسلّط الفاسخ على ما وصل بإزائه لانّه حقّ يتبع متعلّقه فارثه تابع لارث متعلّقه و اذا لم ترث من متعلّق الخيار و هى الارض فكيف ترث من الحقّ

التّابع له و الجواب ما ذكره أيضا من انّ الخيار لا يقتضى الملك كخيار الاجنبىّ فعمومات الارث بالنّسبه الى الخيار لم يخرج عنها الزّوجه و ان خرجت عنها بالنّسبه الى المال فالتّبعيّه ممنوعه و قد سبق معنى كون الخيار حقّا ماليّا و قد يتوهّم انّ الاستصحاب يقتضى بقاء الارض على ملك مالكها و كذلك الثّمن و فيه انّ الاصل لا يعارض الدّليل و يستدلّ للوجه الثّانى و هو الارث مطلقا بانّ الخيار ليس الّا السّلطنه على الفسخ و الامضاء و هو متعلّق بالعقد و قد مرّ انّه ملك فسخ العقد من دون مدخليّه له بالمنتقل عنه او إليه و ان كان لازمه ردّ ما انتقل الى الميّت و استرداد ما انتقل عنه و ما سبق من انّ الخيار و ان كان متعلّقا بالعقد و حلّه الّا انّ هذا التعلّق يكون طريقا لاسترجاع ما انتقل عن صاحبه و ردّ ما انتقل إليه لا يلزمه دخول المنتقل عن الميّت الى ملك ذى الخيار و قد اشرنا الى انّ الاجنبىّ المجعول له الخيار مسلّط على الردّ و الاسترداد من دون ان يدخل فى ملكه شى ء او يخرج عنه و كذا الوكيل و اذا كان حقيقه الخيار مجرّد حلّ العقد و فسخه من دون اعتبار امر اخر و يعود العوضان الى مالكيهما فاذا كان الفاسخ هو الميّت كان العوض مردود إليه و أمّا اذا كان هو المحروم من إرث المال فبفسخه امّا ان يقال بالردّ عن الميّت و الاسترداد إليه ثمّ يرثه سائر الورثه مستدلّا بانّ الحقّ الثّابت للميّت كان لازمه ذلك و اذا انتقل هذا الحقّ الى الوارث لزم ان يكون كذلك أيضا او يقال انّ الخيار فسخ العقد فحسب و لازمه الردّ و الاسترداد الى المالكين و بالفسخ يعود العوضان الى المالكين الفعليّين و هما من عليه الخيار و سائر الورثه و الفسخ انّما يؤثّر من حينه و استلزام فسخ المورّث فى حياته بالنّقل عنه و الانتقال إليه انّما هو من حيث كونه مالكا ح لا من حيث مدخليّه لذلك فى حقيقه الخيار حتّى يلزمه العود الى ملك الميّت بعد فسخ الوارث و بالجمله لا مانع من شمول العمومات لارث الزّوجه من الخيار مط بالنّسبه الى العقار سواء كان العوض راجعا إليه او الى غيره من الورثه بل الظّاهر انّها ترث الخيار و ان كان العوضان كلاهما من العقار و يستدلّ للوجه الثّالث و هو الّذى صرّح به فخر الدّين و هو ظاهر مختار والده أيضا بانّ حقّ الخيار علقه لصاحبه فى الملك المنتقل الى الغير من حيث التسلّط على استرداده الى نفسه او من هو منصوب من قبله كما فى الاجنبىّ و هذه العلاقه لا ينتقل من الميّت الّا الى وارث يكون كالميّت فى كونه مالكا لان يملك فاذا فرض انّ الميّت باع ارضا بثمن فالعلاقه المذكوره انّما هى لسائر الورثه دون الزّوجه لانّها بالخيار لا تردّ شيئا من الارض الى نفسها و أمّا اذا كان الميّت قد انتقلت إليها الارض كان الثّمن عند البائع

متزلزلا في ملكه فيكون فى معرض الانتقال الى جميع الورثه و منهم الزّوجه و الجواب ما عرفت من انّ حقيقه الخيار ليس الّا السّلطنه على حلّ العقد و لا مانع من كون الخيار لشخص و يرثه ورثته و متعلّقه لشخص اخر و لا تلازم بينهما و ما ذكر من انّ حقّ الخيار علقه لصاحبه فى الملک المنتقل الى الغير من حيث التسلّط على استرداده حقّ لا محيص عنه لانّه كما عرفت لازم الخيار و امّا التّقييد باسترداده الى نفسه او من هو منصوب من قبله فهو عين الدّعوى و لا بعد فى تسلّط الغير على ادخال المال فى ملک الشّخص قهرا و اخراجه عن ملكه كذلک فالعلاقه المذكوره كما انّها تنتقل الى وارث يكون كالميّت فى كونه مالكا تنتقل أيضا الى وارث يكون كالميّت فى كونه مالكا لان يملّک من غيره فبعد شمول العمومات لارث الزّوجه من الخيار تكون هى كالأجنبيّ المنصوب من قبل المالک فكما انّ الأجنبيّ يتسلّط بعلقه الخيار على استرداد العين الى من نصبه فكذا الزّوجه تتسلّط على استرداد العين الى ورثه زوجها و غايه الفرق انّ احدهما بجعل المالک و الاخر بجعل الشّارع و فى الحاشيه التّقريريّه بعد اختياره لهذا القول استدلّ له عقيب تمهيد انّ اعتبار الحقوق الّتى هى من الامور الاعتباريّه النّفس الامريّه تاره على وجه الموضوعيّه سواء كانت من الحقوق المتقوّمه بشخص خاصّ كحقّ المضاجعه و الحضانه أم لا كحقّ القصاص و حدّ القذف و اخرى على وجه الطّريقيه لاكتساب المال و جلب منافع الاموال كحقّ الخيار انّ هذا الحقّ حيث اعتبر لجلب المال لا يمكن ان ترثه الزّوجه اذا انتقلت الارض عن الميّت و لا ينافى ذلک كون الخيار عباره عن التسلّط على الفسخ و الامضاء و عدم كونه تابعا لارث المال لانّ انتقاله الى الوارث يتوقّف على كون الحقّ متروكا بحيث لو لم يملكه الوارث لبقى الحقّ بلا مستحقّ و كونه متروكا يتوقّف على اثبات كونه ممّا يستجلب به شىء انتهى و هذه عباره اخرى عن انّ مشروعيّه الخيار للارفاق و فى صوره البيع لا ارفاق بحال الزّوجه اصلا بل الفسخ ضرر عليه لانّها ان لم تفسخ ترث من الثّمن اذا كان غير ارض بخلاف ما اذا فسخت فالثّمن يأخذه المشترى و الارض يأخذها الورثه و فيه انّ الارفاق و استجلاب المال حكمه لا علّه و الّا كان اللّازم انتفاء الخيار اذا كان حلّ العقد و فسخه مضرّا بحال المختار و يستدلّ للوجه الرّابع و هو عدم الجواز فيما كان ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميّت و الاشكال فيما كان منتقلا عنه بما فى المتن نقلا عن جامع المقاصد و فيما ذكرناه كفايه إن شاء اللّه تعالى

قوله (و لذا قوّى بعض المعاصرين)

هو صاحب الجواهر ره

قوله (فلو علّل بارثها دار)

و تقريبه انّ إرث الزّوجه من الثّمن متوقّف على فسخها و فسخها متوقّف على ارثها للخيار و ارثها للخيار موقوف على ارثها من الثّمن و كونه موروثا حتّى يكون لها فيه حقّ و فيه انّ ارثها للثّمن بمعنى ملكها للثّمن موقوف على

فسخها و فسخها موقوف على ارثها للخيار و ارثها للخيار ليس موقوفا على ارثها من الثّمن بالمعنى المذكور و هو استقرار ملكها للثّمن فانّ ذلک انّما يكون بعد الفسخ المتاخّر عن ارثها للخيار و ان اراد انّ ارثها للخيار موقوف على ارثها من الثّمن بمعنى مجرّد استحقاقها لان تملک منه ففيه انّهما فى مرتبه واحده من دون توقّف لاحدهما على الاخر فانّ الخيار و استحقاق الارث من الثّمن من دون فعليّته يحصلان فى مرتبه واحده

قوله و الاصحّ اختيار المصنّف لانّ الشّراء يستلزم الخ)

الظّاهر انّه يريد دفع الدّور بما ذكرنا و يريد انّ ارثها من الثّمن و ان كان موقوفا على الخيار الّا انّ الخيار موقوف على استحقاقها من الثّمن لا على ملكيّتها للثّمن و استحقاقها من الثّمن حاصل من دون توقّف على الفسخ بان يكون متأخّرا عنه لانّ الشّارع نزّل الثّمن بمنزله الجزء من التّركه و بالجمله الدّور معىّ

قوله (يحتاج على هذا التّقدير الى تكلّف زياده تقدير)

إشاره الى ما ذكره فى أوّل كلامه حيث قال فارادت الفسخ لترث من الثّمن و امّا على التّقدير الاخر فلا يحتاج الى تقدير فارادت الفسخ قبل لفظه لترث من الثّمن

قوله (كما سيجى ء فى احكام التصرّف)

و ذلک كما لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال اعتقهما

[مسأله فى كيفيّه استحقاق كلٍّ من الورثه للخيار]

اشاره

قوله (اوضح استحاله و اظهر بطلانا

و ما اعترض به بعض فى المقام بانّه ان كان غير معقول لم يكن القول به فى شى ء من المقامات مع انّه قائل به فى حقّ القصاص و الشّفعه و نحوهما فستعرف دفعه و انّ ثبوت الحقّ لاشخاص متعدّدين مستقلّا فى تلک المقامات ليس من باب قيام اضافه واحده باشخاص متعدّدين

قوله (و تركه للوارث حقّ واحد شخصىّ)

اعلم انّ الحقّ اذا كان من باب الاضافه كالملک يمتنع ثبوت واحد شخصىّ منه و قيامه بالاشخاص المتعدّدين فكما يمتنع توارد علّتين مستقلّتين على معلول واحد كذلک يمتنع ان يكون ملک واحد بتمامه لمالكين و حقّ واحد كذلک لشخصين بحيث يكون لكلّ منهما منع الاخر و اذا لم يكن كذلک كالولايه و حقّ المطالبه و الاستيفاء فلا مانع من ثبوته لاشخاص متعدّدين و

ذلک کثبوت حقّ الخیار للاب و الجدّ اذا جنّ العاقد فانّ الحقّ واحد و مضاف الی المجنون الّا انّ لکلّ من الولیّین مطالبته و من هذا القبیل حدّ القذف فاذا مات المقذوف عن وارثین یکون لکلّ منهما استیفائه مستقلّا و کذا حقّ القصاص فاذا قتل واحد جماعه یکون لکلّ واحد من اولیائهم حقّ القصاص و مطالبته علی المشهور و امّا إرث حقّ الشّفعه بحیث یکون لکلّ واحد من الورثه استیفائه فهو من جهه ثبوت المقتضی و هو الشّرکه فانّ المقتضی لثبوت حقّ الشّفعه للمیّت بالاخذ بتمام المبیع هو کونه شریکا و هذا الاقتضاء ثابت لکلّ من الورثه و توریثه

و ان كان بمقدار الحصّه الّا انّه يجوز لاحدهم مع عفو الباقين الاخذ بتمام المبيع من جهه ثبوت المقتضى و هو كونه شريكا و يجرى ما ذكرنا فى تعدّد الشّركاء فى الشّفعه ابتداء بناء على جريانها فى ازيد من شريكين فانّها تكون بالحصّه لكن اذا اسقط احد الشّريكين حقّه جاز للآخر الاخذ بها فى الجميع لثبوت المقتضى و هو الشّركه و بالجمله ليس ثبوت حقّ الشّفعه لاشخاص على الاستقلال من باب اضافه واحده الى ازيد من واحد بتمامها اذا عرفت ما ذكرنا فان اريد من استحقاق كلّ منهم خيارا مستقلّا كمورّثه بحيث يكون له الفسخ فى الكلّ و ان اجاز الباقون فى عباره المتن المتقدّمه استحقاق كلّ مستقلّا بحيث يكون له الفسخ فى الكلّ سواء كان الاجازه من الباقين قبله او بعده بحيث يثمر تقديم الفاسخ على المجيز و ان تاخّر الفسخ كما فى خيار المجلس للمتعاقدين فينفذ فسخه و لو بعد اجازه الباقين و لا يثمر اجازتهم الّا بالنّسبه الى انفسهم كما فى عفو بعض المستحقّين فى حدّ القذف و حقّ الشّفعه فهو ممتنع عقلا لاستحاله ان يكون الاضافه بوحدتها مضافه الى الاثنين و ان اريد منه استحقاق كلّ منهم للخيار بحيث يكون له الفسخ فى الكلّ و ان اجاز الباقون بعد الفسخ بحيث يثمر تنفيذ السّابق و تقديمه سواء كان مجيزا او فاسخا و يكون الخيار حقّا واحدا قائما بكلّ واحد من الورثه من حيث الاعمال و الاستيفاء نظير استقلال الوكيل المفوّض و موكّله و استقلال الأب و الجدّ اذا جنّ العاقد فهذا ليس بممتنع عقلا الّا انّه لا دليل عليه فى مقام الاثبات لانّه خلاف ظاهر النبوّى و غيره من ادلّه الارث مضافا الى انّه يوجب استعمال الكلام فى معنيين كما فى المتن و الى هذا الوجه يرجع ما ذكره من الوجه الرّابع و هو تعلّق الخيار بالمجموع من حيث تحقّق الطّبيعه فى ضمنه فانّه أيضا يفيد استقلال كلّ واحد منهم بالفسخ ما لم يجز الاخر و الفرق بينهما انّما هو من حيث الكيفيّه فانّ استحقاق كلّ منهم مستقلّا فى الوجه الاوّل بكلا معنييه انّما هو بثبوت الخيار لكلّ من حيث هو و امّا فى الوجه الرّابع فلتحقّق الطّبيعه فى ضمن كلّ واحد و على اىّ حال فالمعنى الاخير أيضا لا وجه له لما افاده من عدم الدّليل على تعلّق الخيار بالطّبيعه فانّ الظّاهر من ادلّه الارث سواء كان بلفظ المفرد او الجمع هو تعلّقه بالاشخاص و ليس الطّبيعه من حيث هى موضوعا للحكم و من انّ ادلّه الارث مفادها بالنّسبه الى المال و الحقّ واحد و من المعلوم انّ المالك للمال ليس هو الجنس المتحقّق فى ضمن المجموع

قوله (فالمتيقّن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشّخصى للمجموع)

و غايه ما يوجّه به القول الثّانى ما اشار إليه المصنّف ره و قال فى توضيحه بعض من اختار هذا القول انّ قسمه كلّ شى ء بحسبه فقسمه المال انّما هى باعتبار نفسه و قسمه الحقّ باعتبار التّحجير لوارثه يفهم منه انّه يقسّم بينهم على حسب

قسمه الارض یعنی انّ لکلّ حقّ فی مقدار من الارض لو کان وارثا لها کان له ذلک و کذا فی حقّ القصاص و حقّ الرّهن و حقّ الخیار فالحقّ غیر قابل للتجزّی عقلا الّا انّه یعدّ من القابل له عرفا لانّ نظرهم فی ذلک الی متعلّقه فیعدّ تجزّیه باعتبار متعلّقه تجزّیه نفسه و الحاصل انّ المفروض شمول الادلّه للحقّ و کون مفادها واحدا بالنّسبه إلیهما و لازم ذلک ما ذکرنا و لازم ما ذکره المصنّف امّا دعوی عدم الشّمول و هو خلاف الفرض و خلاف الواقع أیضا و امّا دعوی اختلاف المفاد بالنّسبه إلیهما بإراده إرث کلّ واحد حصّته بالنّسبه الی المال وارث المجموع من حیث المجموع بالنّسبه الی الحقّ و هو مستلزم للاستعمال فی معنیین حسبما اعترف به آنفا فی ردّ الوجه الاوّل انتهی و انّک تری انّه لم یزد علی اصل الدّعوی شیئا و ما ذکره فی معنی ما ترکه المیّت من حقّ التّحجیر لوارثه هو عین الدّعوی و لا ریب فی انّ بعد امتناع تجزّی نفس الحقّ فحمل ما تعرّض للقسمه علی ثبوتها فیما یحصل باعمال هذا الحقّ اولی و اقرب بفهم العرف من حمله علی تجزّی الحقّ باعتبار متعلّقه و دعوی استلزام الاستعمال فی معنیین لو سلّم فهو مشترک الورود مضافا الی انّه لیس المراد قسمه المتروک باعتبار نفسه فی المال و قسمته باعتبار ما یحصل بعد الفسخ فی الحقّ بمعنی لحاظ هذین الامرین فی المعنی مستقلّا حتّی یلزم الاستعمال فی المعنیین بل المراد من ادلّه القسمه معنی واحد و هو قسمه المتروک الّا انّ مصداق ذلک بالنّسبه الی الحقّ هو قسمه العین المستردّه بالفسخ او ثمنها الباقی فی ملک الورثه بعد الاجازه فلا یجوز لاحدهم الاستقلال بالفسخ لا فی الکلّ و لا فی حصّته و توهّم انّ ذلک یستلزم الضّرر علی من اراد من الورثه الفسخ و ابطال حقّه مع عدم إراده الباقین مدفوع بما ستسمعه فی المتن من انّ الحقّ اذا کان مشترکا لم یجز اعماله الّا برضی الکلّ کما لو جعل الخیار لأجنبیّین علی سبیل التّوافق و ما یقال من ثبوت الفرق بین المقامین حیث انّ فی المقام لکلّ من الشّریکین حقّا بمقتضی ادلّه الارث کما تری فانّه مبنیّ علی القول الثّانی و هو استحقاق کلّ واحد من الورثه خیارا فی نصیبه

قوله (ما تقدّم من عباره التّحریر ثمّ التّذکره)

اراد من عباره التّذکره ما ذکر فی خیار العیب من انّه لو اشتری عبدا فمات و خلّف وارثین الخ و دلالتها فی غایه الظّهور

[فرع فیما اذا اجتمع الورثه کلّهم علی الفسخ فیما باعه مورثهم]

قوله (فرع اذا اجتمع الورثه کلّهم علی الفسخ)

لا بدّ فی المقام من توضیح امور الاوّل انّه لا کلام فی انّ الخیار هو ملک حلّ العقد و فسخه من غیر نظر الی کونه عن نفسه او غیره و اذا انتقل الی الوارث کان المنتقل إلیه هو هذا الحقّ من دون مدخلیّه لان یفسخ عن نفسه او عن المیّت الثّانی انّ انتقال اضافه الملک او الحقّ تاره بمبادله الملک و العوضین

الّذى هو احد طرفى الاضافه و المتكفّل لحصول هذا الامر هو العقود المعاوضيّه المملّكه للعين او المنفعه و اخرى بتبدّل المالك الّذى هو الطّرف الأخر لتلك الاضافه و المتكفّل لهذا هو الارث فانّه عباره عن تبدّل المالك مع بقاء الملك و الاضافه الّتى بينه و بين المالك على حاله ففى إرث الحقّ تنحلّ الاضافه القائمه بين الحقّ و المورّث من طرف المورّث و تقوم بالوارث مع بقاء الحقّ على ما هو عليه الثّالث قد عرفت انّ الخيار عباره عن مجرّد حقّ حلّ العقد الّا انّ الكلام فى انّ الوارث اذا فسخ هل يكون فسخه نيابه عن الميّت بمعنى انّه يفسخ عنه فينتقل المال الى الميّت بمعنى انّه يقدّر حيّا و مالكا حال الفسخ فيؤثّر الفسخ فى الخروج عن ملكه و الدّخول كذلك ثمّ ينتقل الى الوارث او يكون فسخه عن نفسه من حيث انّه قائم مقام الميّت فى الفسخ بردّ الثّمن او بدله و تملّك المبيع و عليه فيكون حقّ الخيار للوارث كحقّ الشّفعه له حيث عرفت انّه يعطى الثّمن من ماله و يتملّك المبيع لنفسه و الاظهر عند المصنّف هو الثّانى و مقتضى النّظر خلافه لانّ الخيار هو ملك فسخ العقد و الفسخ ليس الّا رفعا للبيع الواقع و ليس من المعاوضات فبالفسخ يرجع كلّ مال الى مالكه الاصلى و منه الى وارثه و الرّجوع الى الوارث انّما هو من جهه كونه قائما مقام الميّت لا من جهه انّه مالك له فعلا اذا تمهّدت هذه فنقول ان حصل الفسخ و كان عين الثّمن موجودا دفعوه الى المشترى من غير فرق بين اجتماع الورثه كلّهم على الفسخ او انفرد بعضهم بذلك بناء على القول بجواز الفسخ لبعض الورثه و يستردّ مال الميّت او بدله و يقسّم بين الورثه و هذا واضح جدّا من دون فرق بين ان يكون فسخ الوارث نيابه عن الميّت او يكون فسخه عن نفسه لانّ بالفسخ ينتقل عين الثّمن الموجود الى المفسوخ عليه و ان لم يكن عين الثّمن موجودا و كان للميّت مال اخر اخرج من مال الميّت من دون فرق أيضا بين ان يكون الفسخ نيابه عن الميّت او يكون فسخ الوارث عن نفسه و قد يتوهّم انّ بناء على مختار المصنّف فاللّازم اشتغال ذمّه الفاسخ بالبدل و رجوع العوض إليه و لا يجب اعطاء البدل من مال الميّت لانّ المفروض عدم اشتغال ذمّه الميّت بالبدل حتّى يخرج من تركته و دفعه فى غايه الوضوح لما عرفت من انّ الارث هو تبديل المالكين فقط و ليس من باب المعاوضه و اذا كان الميّت تالفا للبدل و له مال آخر وجب اخراجه عن ماله و ان لم يكن للميّت مال فبناء على انّ الوارث يفسخ عن نفسه من حيث انتقال الحقّ الّذى كان للميّت و هو جواز الفسخ لنفسه إليه يرجع المال الى الوارث و يشتغل ذمّته بعوضه و بناء على الوجه الأخر لا يكون مال الورثه عوضا عن المبيع الّا على وجه كونه وفاء لدين الميّت و هذا هو المختار لانّ الفسخ لا يثمر الّا رجوع كلّ من العوضين الى محلّه الّذى خرج عنه فيرجع المنتقل عن الميّت إليه و يشتغل ذمّته ببدله فى الثّمن الكلّى و حيث لم يكن له مال كان للمفسوخ

علیه حبس ما انتقل إلیه أوّلا- حتّی یستوفی دینه من المیّت و قد ظهر ممّا ذکرنا انّه لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثه ففسخه یوجب حلّ العقد و رجوع المبیع الی المیّت ثمّ الی جمیع الورثه و لا موجب لانتقاله الی الفاسخ وحده و ما فی المتن من کون ولایه الوارث لا کولایه الولیّ او الوکیل فی کونها لاستیفاء حقّ للغیر بل هی ولایه استیفاء حقّ متعلّق بنفسه فهو کنفس المیّت لا نائب عنه فی الفسخ تامّ لا اشکال فیه الّا انّه قد علم انّ الحقّ الثّابت لنفس المیّت لم یکن الّا حلّ العقد من غیر مدخلیّه لخصوصیّه کونه لنفسه

قوله (و فی اشتراط ذلک بمصلحه الدیّان و عدمه وجهان)

استدلّ فی مجمع الفائده للوجه الاوّل بانّ سبب الحجر فی الابتداء موجود فی الاستدامه و هو حفظ مال النّاس و عدم التّضییع فکما منعه الحاکم عن البیع فی الابتداء کذلک یمنعه فی غیره مع اشتماله علی عدم الغبطه خصوصا بالنّسبه الی عدم الفسخ فانّه لا یکلّف بشیء اصلا مع المصلحه له و لغیره فانّ فسخه مثلا یصیر سببا لتضییع مال الدیّان فی الجمله فسند الاجماع هنا أیضا موجود و مجرّد وجود سببه حال عدم الحجر لا یقتضی ذلک مط حتّی مع وجود الدّلیل علی عدمه و بالجمله ما اعرف الفرق بین منعه من البیع بقوله لا تبع و بین منعه من الفسخ بقوله لا تفسخ فانّ کلّه تصرّف مالیّ موجب لفوت مال الدیّان فی الجمله بل فی الثّانی قد تعرض المصلحه لهما فلا یبعد جعل مدار الامر فی غیر الابتداء مط علی المصلحه کما فی الردّ بالعیب فانّ الوجه الّذی ذکره له فی التّذکره بعینه جار فی الخیار انتهی و حاصله تعلّق حقوق الغرماء باعیان الاموال فلا یسوغ التصرّف فیها بما یبطل حقّهم و الاوجه عدم الاشتراط فانّ دلیل المنع عن التصرّف المخرج فی صوره الدّین عن الحکم بجواز التصرّف الثّابت بمقتضی الاصل و عموم السّلطنه هو الاجماع و هو دلیل لبّی و المتیقّن منه هو التصرّف المبتدأ و سبب جواز الفسخ امر متحقّق قبل الحجر من دون فرق فی ذلک بین الفسخ بالخیار و الفسخ بالعیب فانّ العیب و ان کان ظهوره بعد الحجر الّا انّ السّبب هو العیب الموجود حال العقد و ظهوره کاشف عن تقدّم سببه علی الحجر و ما افاده فی مجمع الفائده ففیه أوّلا ظهور الفرق بین الابتداء و الاستدامه فانّ الحجر یقتضی تعلّق حقّ الغرماء بمال المفلّس علی حسب ملکیّته فان کان الملک لازما تعلّق به حقّهم کذلک و ان کان متزلزلا- فکذلک و الحجر لا- یقلّب الملک عمّا هو علیه و الاجماع غیر منعقد علی الحجر مطلقا و ثانیا لازم عدم الفرق عدم جواز الفسخ الّا باذن الغرماء حتّی فی صوره المصلحه کما هو الحال فی التصرّف المبتدأ و هو کما تری و فی المسأله وجه ثالث و هو التّفصیل بین الفسخ بالعیب و الفسخ بالخیار باشتراط المصلحه فی الاوّل و عدمه فی الثّانی و هو المنقول عن التّذکره و الارشاد للعلّامه

و المحكىّ عن الشّهيد و استدلّ له فى محكىّ التّذكره بقوله و فارق الفسخ و الاجازه بالخيار الردّ بالعيب لانّ العقد فى زمن الخيار متزلزل لا ثبات له فلا يتعلّق حقّ الغرماء بالمال و يضعف تعلّقه به بخلاف ما اذا خرج معيبا و اذا ضعف التعلّق جاز ان لا يعتبر شرط الغبطه انتهى و قد عرفت ان سبب الخيار فى العيب هو العيب الموجود فى زمن العقد لا الحادث فى يد المشترى فالفسخ بالخيار و العيب مشتركان فى تزلزل العقد نعم التّزلزل فى العقد الخيارى ثابت ظاهرا و واقعا و فى ظهور العيب ثابت واقعا لا ظاهرا و مجرّد هذا لا يوجب الفرق

قوله (المستلزم لدخول المبيع فى ملك الميّت)

و الانصاف انّه كذلك لانّ حقّ الفسخ ينتقل الى الوارث على نحو ما كان للميّت و مقتضى الفسخ رجوع كلّ من العوضين الى مالكه الاصلى فينتقل البدل الى المفسوخ عليه و يدخل المبيع فى ملك الميّت و قيام الوارث مقامه بادلّه الارث لا يوجب ثبوت حقّ للوارث على غير النّحو الّذى كان للمورّث و ليس الفسخ الّا حلّ العقد الّا انّه يستلزم دخول المبيع فى ملك الميّت و الحقّ الّذى كان للميّت هو مجرّد جواز الفسخ و حلّ العقد و خصوصيّه كون الفسخ لنفسه لم يكن داخلا فى ماهيّه الحقّ حتّى يلزم ان يكون انتقاله الى الوارث بهذه الخصوصيّه و يكون فسخ الوارث أيضا لنفسه

قوله (من دون ان يلزموا الخ)

لا تدلّ هذه السّيره على انتقال تمام المبيع الى الفاسخ وحده كما انّ مجرّد ردّ الثّمن من اموالهم لا يدلّ على كونهم مالكين بالاصاله للمبيع المفسوخ لاحتمال رجوع المبيع بالفسخ الى المورّث و اشتغال ذمّته بالبدل و يكون ردّ الورثه مثل الثّمن من اموالهم على وجه كونه وفاء لدين الميّت و هذا لا اختصاص له بالورثه بل يجوز للغير أيضا اداء ذلك الدّين نعم لو ثبت جريان السّيره على عدم التزامهم باداء ديون الميّت منه بعد الاخراج و كانت شرعيّه فهى تدلّ على عدم الانتقال الى المورّث و الانتقال الى الورثه بالاصاله فى خصوص إرث خيار البيع المشروط بردّ الثّمن و لا وجه ح للتعدّى منه الى سائر الخيارات مسائل الاولى اذا شرط الخيار بشرط المباشره له بلسانه فالظّاهر صحّه الشّرط و لزومه و اذا مات لم ينتقل لورثته لسقوط الحقّ بموته و لو شرط فى ضمن العقد عدم انتقال الخيار الى الوارث فالظّاهر البطلان لانّ اشتراط عدم الانتقال مخالف للسّنه فلا يشمله ادلّه الشّروط و يندرج الخيار المجعول فى عموم ما دلّ على انتقال ما ترك الميّت من حقّ الى وارثه الّا اذا رجع الى اشتراط المباشره فيصحّ الثّانيه هل يجب اعلام الوارث او وليّه بثبوت الخيار و حقّ فسخ العقد له وجهان من انّه موروث و من اصاله البراءه و المال عين مملوكه للغير و ايصاله إليه يتوقّف على اعلامه بخلاف الحقّ فانّه

لا يكون شيئا لمن عليه الحقّ يد عليه الثّالثه لا يختصّ إرث الخيار بالبيع و يجرى فى جميع العقود من الصّلح و الاجاره و غيرهما لعدم اختصاص دليل الانتقال بالبيع نعم لو كان الخيار فى الصّلح ما دام العمر بناء على جواز الجهاله فى الصّلح فبالموت ينقطع الخيار و لا يبقى حقّ يكون موروثا

[مسأله لو كان الخيار لأجنبيٍّ و مات]

قوله (و هذا لا يخلو عن قوّه)

فان كان الظّاهر من لفظ المشترطين للخيار عدم الاختصاص و فهم بانّ الغرض ثبوت الخيار له و لعقبه انتقل الى وارث الاجنبىّ لعموم ادلّه الارث و ان كان الظّاهر خصوصيّه مباشره الاجنبىّ للفسخ و انّ الغرض كونه له بنفسه و هذا هو الغالب سقط و لم ينتقل منه الى غيره و ليس معناه عدم الارث بل قصر الملك الى زمان كما فى العمرى و الاجاره مع اشتراط المباشره

قوله (فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلّا)

امّا الاوّل فلانتقاض الوجه بما ذكره فى عبد الاجنبىّ من انّه لا يتوقّف على رضا مولاه و امّا الثّانى فكذلك حيث يستفاد منه عدم توقّف اعمال العبد الخيار على اذن المولى و رضاه اذا لم يمنع حقّا للمولى و على اىّ حال فتوضيح المسأله فى طىّ امور الاوّل محلّ البحث انّما هو بعد الفراغ عن عدم كون العبد مسلوب العباره بحيث يكون عبارته كعباره الصبى و المجنون و السّكران غير كاشفه عمّا فى الضّمير كشفا صحيحا و غير مؤثّر اذن المولى فى قوله و فعله كما لا مساس للبحث بالخلاف فى مالكيّه العبد و عدمها الثّانى لا اشكال فى صحّه جعل الخيار للعبد مع اذن المولى و رضاه بذلك و كذا لا اشكال فى انّه لا يصحّ اذا كان اعمال الخيار مزاحما لحقّه و مفوّتا لخدماته الّتى على العبد و لم يرض بجعل الخيار له و اعماله منه و انّما الخلاف و الاشكال فيما اذا لم يكن منافيا لحقّه و فيه وجهان بل قولان مبتيّان على انّ العبد ممنوع من التصرّفات مط و انّه لا يقدر على شى ء اصلا الّا الضّروريات الّتى بها قوام عيشه و الامور الّتى لا يعدّ شيئا عرفا كالتكلّم و المشى و التمدّد لا كالضّمان و الخيار او انّ ذلك مختصّ بما ينافى حقّ المولى ذهب بعض الى الثّانى بدعوى انصراف الادلّه عن التصرّفات الغير المنافيه و بدعوى معلوميّه كون ذلك لرعايه حقوق المولى و الاقوى هو الاوّل لقوله تعالى ضَرَبَ اللّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْ ءٍ فانّ القيد و ان كان اصله كونه احترازيّا الّا انّ الظّاهر من الآيه كون عدم القدره توضيحيّا كقوله تعالى مَمْلُوكاً و سلب القدره شرعا عن العبد على الشّى ء عباره عن حرمه ذلك الشّى ء عليه ان كان متعلّقا للتّكليف و عدم نفوذه ان كان متعلّقا لحكم وضعىّ و بعباره اخرى عدم قدره العبد عباره عن انّ الشّى ء بفعله او بتركه ليس باختياره من دون اذن سيّده و اريد منه الفعل بحكمه الوضعىّ و التّكليفى بجامع واحد من دون مجاز او عموم مجاز نعم الاحكام الالهيّه

العامّه الاصليّه الّتى يشترك فيها جميع العباد من الاحرار و العبيد خارجه عن حكم الآيه و قد تقدّم فى شروط المتعاقدين نقل صحيح زراره المروىّ فى يب و قه الشّاهد للظّهور المذكور و انّ الشّى ء الّذى حكم الآيه بسلب قدره العبد عليه يعمّ ما لا ينافى حقّ المولى و دعوى الانصراف غير مسموعه لوضوح انّه انّما يكون فيما كان غلبه الوجود او الاستعمال موجبا لظهور اللّفظ عند الاطلاق فى نظر العرف الى خصوص بعض الافراد على نحو يوجب تعيّنه و لا ينسبق الى الذّهن كذلک من لفظ الشّى ء فى الآيه خصوص ما ينافى حقّ المولى و تقدّم تمام الكلام فى المسأله فى المتن فى شروط المتعاقدين فراجع ثمّ انّ فى قبال القول الثّانى قولا اخر و هو عموم الشّى ء لجميع افعاله غير الضروريّات فلا يجوز له المشى و التكلّم و تمدّد الاعصاب و نحو ذلک و ضعفه ظاهر الثّالث هل الخيار المجعول للعبد فيما يصحّ ذلک يرجع الى مولاه أو لا الظّاهر الثّانى لوضوح عدم دلاله جعل الخيار للعبد على جعله للمولى بشى ء من الدّلالات الثلث من دون فرق بين كون العبد لاحد المتعاملين او لاجنبىّ و دعوى انّ ما دلّ على انّ ما كان للعبد فهو لمولاه يعمّ الاموال و الحقوق يدفعها انّ الظّاهر اختصاصه بالاموال و على فرض العموم يكون المراد الحقوق الّتى تختصّ بالعبد و لا ترجع الى غيره و فى المقام و ان كان الخيار له الّا انّ للمتعاقدين تعلّقا به و قد شرطوه للعبد على نحو الخصوصيّه القائمه به الرّابع بناء على عدم رجوعه الى مولاه هل ينتقل بموته الى مولاه بالارث أم لا الظّاهر انّ حكمه حكم الاجنبىّ فان كان الظّاهر من لفظ المشترطين للخيار خصوصيّه مباشره العبد للفسخ سقط بموته و لم ينتقل الى غيره و ان كان الظّاهر من لفظهما عدم الاختصاص فعلى القول بعدم التّوارث بين العبد و الحرّ سقط أيضا و على القول بالتّوارث ورثه المولى و التّفصيل موكول الى محلّه الخامس اذا عامل العبد مع الخيار لنفسه باذن مولاه ثمّ مات العبد ثبت الخيار لمولاه اذا كانت المعامله له و لا اشكال فى ذلک و ليس ذلک بسبب الارث حتّى يجرى فيه الخلاف المتقدّم بل لانّ ملكيّه الخيار تابعه لملكيّه العين و هى للمولى السّادس لو جنّ العبد او الاجنبىّ المجعول له الخيار فاذا كان الخيار مختصّا به بالمباشره و استمرّ الجنون زمن الخيار سقط خياره و الّا فيراعى افاقته و ان لم يكن على نحو الاختصاص يقوم وليّه مقامه

[مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرّف بعد العلم بالخيار.]

قوله (و قد صرّح فى التّذكره بانّ الفسخ كالاجازه)

لا بأس بذكر امور الاوّل لا اشكال فى انّ الفسخ كالاجازه يكون بالقول و بالفعل و التصرّف ان وقع فيما انتقل عنه كان فسخا و ان وقع فيما انتقل إليه كان اجازه الثّانى لا اشكال فى عدم انفساخ العقد بالتصرّف فيما انتقل عنه الّا اذا دلّ التصرّف المذكور على إراده الفسخ فالمسقط للخيار هو التصرّف المؤذن بالرّضا او الفسخ و ليس الفسخ و سقوط الخيار بالتصرّف تعبّدا شرعيّا

من غير ان يكون فيه دلاله عرفيّه على فسخ العقد لعدم دليل عليه و ان فرض القول به فى الاجازه مع انّه لا وجه للقول به فيها أيضا و على اىّ حال فلا ريب انّ الاصل فى كلّ معامله الفساد الّا ما دلّ عليه الدّليل و لا ريب انّ ادلّه العقود و الايقاعات باجمعها لا تنصرف الّا الى ما هو المدلول عليه بشى ء صريح الدّلاله بل لا يعدّ ما هو مظنون الدّلاله بيعا او صلحا او طلاقا او رجوعا و على فرض الشكّ فالمرجع هو الاصل الثّالث انّ التصرّف المشكوك اقترانه بقصد الفسخ لا يحكم بكونه فسخا فانّ الحكم به ان كان لاجل التعبّد فقد عرفت منعه و ان كان لاجل انّ هذا التصرّف لو لم يكن فسخا لكان ممنوعا منه شرعا لمصادفته ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد و الاصل يقتضى حمل فعل المسلم و وقوعه على الصحّه فهو فى محلّ المنع ضروره انّ حمل فعل المسلم على الصّحيح لا يفيد ارادته الفسخ اذ الصّحيح من التصرّف شرعا ما لا يكون محرّما و كما انّ قصد الفسخ يرفع وقوع الفعل على وجه الحرمه فكذلك التصرّف على وجه الاطمينان برضا من انتقل إليه لشاهد الحال و نحوه او التصرّف على وجه الغفله عن الانتقال منه و انّه لغيره و هكذا و توهّم انّ الاصل عدم ابتناء تصرّفه على وجه الاطمينان و الرّضا و كذلك الغفله مدفوع بانّه ان اريد من الاصل الاستصحاب فهو معارض بانّ الاصل عدم ابتنائه على قصد الفسخ مضافا الى انّ الاصل المذكور لترتيب كون التصرّف على وجه الفسخ مثبت و ان اريد منه الظّاهر فهو على وجه الاطلاق ممنوع الرّابع ما ذكره المصنّف ره من انّ حمل التصرّفات المشكوكه كونها بقصد الفسخ على إراده انفساخ العقد قبل هذه التصرّفات اسهل من حمل التصرّفات المشكوكه على الاجازه و الرّضا بالعقد لا يخلو عن نظر لما عرفت من عدم تماميّه الاستدلال باصاله الصحّه بل لقائل ان يقول انّ الامر هنا اشكل و ذلك مضافا الى ورود النصّ بدلاله الفعل على الرّضا و عدمه فى الفسخ من جهه انّ الاجازه رضا بالعقد و الفسخ حلّ له و لازمه التّمليك و التملّك فهو فى الحقيقه معامله جديده و دلاله الفعل على الاوّل اسهل و اقرب الخامس ستسمع انّ مثل التصرّف الّذى يحرم شرعا التصرّف الّذى لا ينفذ شرعا فيجرى فيه ما ذكرنا فى الامر الثّالث و امّا حكومه اصاله عدم الفضوليّه على اصاله عدم الفسخ بتقريب انّ الشّك فى الفسخ ناش عن الشّك فى الفضوليّه و قصد العقد عن الغير فهو من الشّك فى السّبب و المسبّب و الاصل فى السّبب حاكم على الاصل فى المسبّب فهى ممنوعه فانّ الشّك فى كلّ منهما ناش عن الشّك فى كيفيّه الحادث المعلوم و انّما يكون من باب السببيّه اذا كان التصرّف لو خلّى و طبعه دالّا على الفسخ و ليس كذلك بل هما فى عرض واحد

[مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرّف أو يحصل قبله متّصلًا به؟]

قوله (من دون ان يدلّ عليها بفعل مقارن)

فان قلت

لا- مانع من حصول الانشاء و منه الفسخ بمجرّد النيّه و القصد و فى بعض الرّوايات إشاره إليه على انّ المدار على المدلول و الدّال انّما يعتبر للدّلاله فاذا علم المدلول بنفسه فلا حاجه الى الدّلاله

قلت نعم و لكن ظاهر الاصحاب و طريقه الشّرع عدم اعتبار النيّه وحدها فى العقود و الايقاعات و ما يتعلّق بهما كما لا يخفى على المتتبع و لهذا انكروا على الشّيخ ره فى اثباته النّذر بمجرّد النيّه و هو الموافق لمقتضى الاصل و امّا التّعليل بالرّضا فى بعض الرّوايات فقد عرفت انّه امّا لبيان الحكمه او علّه مقيّده بالاجماع

قوله (لانّ الفعل لا إنشاء فيه)

و ما قاله السيّد الطّباطبائى ره لم افهم الفرق بين القول و الفعل فى امكان الانشاء بهما و عدم الدّلاله ممنوع بل المفروض الدّلاله و الّا فكيف يكون كاشفا و لا يجب ان يكون دالّا على الانشاء و الّا فالقول أيضا كذلك اذ كونه إنشاء او اخبارا انّما يستفاد من الخارج لا من نفس اللّفظ كما لا يخفى ه ففيه انّ القول دالّ على الانشاء و استفاده ذلك من الخارج لا ينافى ما هو محلّ البحث فانّ اللّفظ فان فى المعنى و القائه القاء للمعنى فاذا فرض كون اللّفظ إنشاء لا خبرا كان المعنى نفس الانشاء و اذا كان محتملا لكونه خبرا او إنشاء و استفيد احدهما من الخارج فهذا غير مخلّ بانّ اللّفظ دالّ على معنى و هذا بخلاف الفعل فانّه دالّ على قصد ذلك الفعل لا على قصد إنشاء الفسخ مثلا بذلك الفعل نعم قد يكون الفعل مضافا الى دلالته على قصد الفعل الّذى هو بمنزله دلاله القول على الانشاء فيما قصد ذلك دالّا على قصد الانشاء قبله و ليست هذه الدّلاله عامّه و قد عرفت انّ التصرّف المشكوك اقترانه بقصد الفسخ لا يحكم بكونه فسخا فالفعل دالّ على قصده ابدا و امّا دلالته على قصد الانشاء كدلاله القول عليه فلا- و لذا لم يكن كاشفا عن الفسخ على وجه الاطلاق ثمّ ما قاله أيضا من انّ لازم ما ذكره كون الملكيّه او الاباحه فى المعاطاه حاصله بالاراده المتّصله به و لا قائل به ففيه انّ الكلام فى النيّه المقترنه بالفعل و انّ الفعل وحده ليس دالّا على الانشاء بحيث يكون الانشاء مدلولا له و لا- بدّ من نيّه الانشاء مقترنا بالفعل امّا مقارنا له او قبيله متّصلا به و فى الفسخ حيث لا يجوز التصرّف الّا بعده يكون كاشفا عن نيّه الانشاء قبيله و امّا فى المعاطاه اذا كانت مقرونه بقصد الملكيّه فلا محذور فى مقارنه الفعل و الانشاء معا و لا يلزم ان يكون الانشاء قبل المعاطاه نعم هى وحدها بدون النيّه غير مؤثّره و هذا لا كلام فيه

قوله (نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللّفظ اصلا)

و فيه انّ المدّعى هو دلاله الفعل على قصد الفسخ قبله فيما كان كاشفا عنه و امّا اللّفظ فهو مسبوق بقصد

الانشاء من اللّفظ ابـدا لوضوح استحاله استعمال اللّفظ فى معناه الّا بعد لحاظ المعنى و تصوّره فى الذّهن و ليس مسبوقا بقصد نفس الفسخ ابدا نعم قد يكون كذلک

قوله (و كيف كان فالمسأله ذات قولين)

و الّذى دعاهم الى القول الثّانى و هو حصول الفسخ قبيل التصرّف هو الخلاص عن لزوم الاشكال بعدم صحّه التصرّفات من حيث عدم مصادفتها لملک العاقد بل حرمه بعض التصرّفات و الانصاف انّ هذا القول حسن لا بأس به و الاشكال بانّ الفسخ و الاجازه من الايقاعات و قد مرّ انّها لا تحصل بمجرّد القصد من الرّضا القلبى و الكراهه الباطنيّه و لا بدّ فى حصولها من تحقّق امرين الانشاء و كونه خارجيّا من القول او الفعل الصّريحين او الظّاهرين مدفوع بما افاده فى المتن من انّ المسلّم هو عدم وقوعها بمجرّد القصد من دون ان يدلّ عليها بفعل مقارن له و على اىّ حال فلاصحاب القول الاوّل فى دفع الاشكال مسالک منها القول بفساد التصرّف لو كان الفسخ بالبيع و نحوه فكيف اذا كان بالانتفاع و فعل الحرام و عن التّحرير الجزم بالحرمه و على هذا القول فان لم توجد قرنيه دالّه على إراده الفسخ من البيع فلا اشكال فى بطلان البيع و عدم حصول الفسخ و ان وجدت فان دلّت على الفسخ قبل البيع حصل الفسخ و صحّ البيع و الّا حصل الفسخ بالبيع و لا يصحّ البيع لعموم لا بيع الّا فى ملک و منها ما عن التّذكره من منع عدم صحّه حصول الفسخ و العقد بشىء واحد بالنّسبه الى شيئين نعم لا يصحّ كون الشّىء الواحد مملّكا و فسخا له و فيه انّ المفروض حصول الفسخ بنفس التصرّف مع انّ التصرّف و تمليک الغير موقوف على الفسخ و كيف يصحّ كون الفعل الواحد فسخا اى تملّكا و بنفسه يكون تمليكا و امّا مسئله التّكبيره فقد علّل بطلان الثّانيه بوجوه الاوّل انّ صحّتها موقوفه على وقوعها امتثالا لامرها و لا امر بها حين فعلها لانّ امرها سقط بفعل الاولى فيمتنع وقوع الثّانيه صحيحه ما دامت الاولى باقيه بصفه الصحّه اذ لا امتثال عقيب الامتثال فالثّانيه تقع باطله جزما سواء صدرت عن عمد او غفله عن الاولى و هى تبطل سابقتها أيضا فانّها لا تقع بقصد الافتتاح الّا بعد رفع اليد عن الاولى و العزم على استيناف الصّلاه و هذا العزم و ان لم نقل بكونه من حيث هو هو موجبا للبطلان و كذا التّكبيره لو لم تكن بقصد الافتتاح و ان لم نقل بكونها موجبه للبطلان لكن اقترانهما يوجب البطلان من حيث انّهما معا يكون سببا لرفع الهيئه الاتّصاليّه بنظر العرف و قد جعل الاصحاب نظر العرف مناطا فى الفعل الكثير الماحى لصوره الصّلاه و

من الواضح انّ اعاده تكبيره الاحرام الّتى هى عباره عن استيناف الصّلاه اشدّ تأثيرا لدى العرف فى محو الصّوره القائمه بالاولى مع ما بعدها من تاثير مثل الطّفره و نحوها ممّا مثّلوا بها لمحو الصّوره و فيه مواقع للنّظر الاوّل انّ التّكبيره اذا كانت بقصد الافتتاح فهى تقع لصلاه اخرى و مع قطع النّظر عن النّهى عنها من جهه قطع الصّلاه كيف تكون امتثالا عقيب الامتثال الثّانى انّ وقوعها بقصد الافتتاح لا يستلزم رفع اليد عن الاولى و العزم على استيناف الصّلاه بناء على جواز تجديد النّيّه فى الاثناء متى اريد الثّالث انّ عدّها من الفعل الكثير ممنوع غايه المنع و الشّاهد هو الاحاله على العرف و ليس هذا الّا استحسانا محضا ثمّ لا يخفى انّ بطلان التّكبيرتين مبنىّ على عدم بطلان الصّلاه بنيّه الخروج كما عرفت الاشاره إليه و الّا فقصد الافتتاح ثانيا لا يكون الّا بعد رفع اليد عن الاولى فى صوره العهد و مع السّهو لا يكون الّا بعد ان يرى الإنسان نفسه خارجا فلا يبقى معه اثر للغرم السّابق اى يرتفع الاستدامه الحكميّه الّتى هى مناط القول بالبطلان بنيّه الخروج فيتّجه ح صحّه الصّلاه بالتّكبير الثّانى و الى ما ذكرنا من وقوع الثّانيه صحيحه على التّقدير المذكور ينظر من قيّد البطلان كما فى القواعد بعدم نيّه الخروج قبلها الثّانى ما افاده المصنّف قدّس سرّه فى كتاب الصّلاه لصوره العمد من انّها زياده واقعه على جهه التّشريع و فيه بعد تسليم الكبرى أوّلا انّه يمكن اتيانها بقصد الاحتياط لاحتمال خلل فى الاولى او برجاء ادراك الفضيله و الاشكال بعدم امكان الاحتياط فى مثل تكبيره الافتتاح الّتى تتوقّف اعادتها على الابطال المنهىّ عنه غير مسموع لانّ مضافا الى عدم جريان ما ذكر فى النّافله لو اتى بالثّانيه على سبيل الاحتياط كون الاحتياط غير ممكن لا ينافى قصده الدّافع للتّشريع و ثانيا انّ بعد رفع اليد عن الاولى و استيناف الصّلاه بالثّانيه كما هو لازم قصد الافتتاح لا يكون زياده و لا تشريعا لمّا تقرّر فى محلّه من انّه يشترط فى صدق الزّياده قصد كونه من الاجزاء الثّالث انّ قصد الافتتاح بمعنى الدّخول فى الصّلاه يقتضى الخروج بالثّانيه عمّا انعقد بالاولى ضروره عدم تعقّل قصد الدّخول هنا مع بقاء الدّخول بالاولى و الخروج عنها منهىّ قال تعالى و لا تبطلوا اعمالكم فتبطل الثّانيه المقصود بها ذلك و لذا اشرنا الى انّ البطلان مبنىّ على عدم نيّه الخروج قبلها او عدم كونها مبطلا و الّا وقعت الثّانيه صحيحه و فيه مضافا الى صدور هذا الحكم ممّن لا يرى القدح فى الصّلاه بنيّه الخروج كالمحقّق فى الشّرائع و الشّهيد فى البيان و الى وجوه المناقشات فى دلاله الآيه على حرمه الابطال بمعنى القطع و الخروج و قد ذكرها المصنّف قد ره فى كتاب

الرّسائل انّ العموم انّما يصحّ التمسّک به بعد احراز کون قصد الافتتاح و رفع اليد عن هذه الصّلاه ابطالا اذ يحتمل قويّا ان يکون زياده الثّانيه بعد القول بانّ نيّه الخروج بنفسه غير مبطله موجبه للبطلان و الانقطاع لا ان تکون قاطعه و مبطله حتّى تکون منهيّه عنها و هذا کلّه على انّه لا ملازمه بين الثّانيه و الخروج بها عن الصّلاه بناء على جواز تجديد النيّه فى الاثناء الرّابع دعوى الاجماع من جهه زياده الرّکن فبطلان الثّانيه من جهه انّ الصّلاه انعقدت بالاولى و بالثّانيه بقصد الافتتاح يتحقّق زياده الرّکن لانّ تکبيره الاحرام رکن و عدم الاعتداد بها بتکبيره الاحرام شرعا لوقوعها باطله لا ينافى ترتّب ابطال الصّلاه عليها للاکتفاء فى الابطال بالزّياده ايجاد صوره الفعل ثانيا و الّا لا يمکن حصول الزّياده المشروعه بالضّروره و يتحقّق الصّوره هنا بقصد الافتتاحيّه و فيه مناقشه ظاهره لابتنائه على ما هو المعروف بينهم من بطلان الصّلاه بنقص بعض افعالها و زيادته عمدا و سهوا يسمّى من اجل ذلک بالرّکن مع انّ غير واحد منهم فسّره بما کان نقصه عمدا و سهوا مبطلا من دون التعرّض لزيادته فلا يصحّ الاستدلال للمدّعى بالاجماع على انّه رکن اذ لم يعلم کونه بهذا المعنى مرادا للمجمعين و المتيقّن من الاجماع انّما هو کونه رکنا بمعنى کون نقصه مبطلا مط و امّا فى صوره الزّياده فالاصل عدم البطلان الّا مع ثبوت الدّليل الّا انّ فى الجواهر بعد الحکم ببطلان الصّلاه بزياده التّکبيره قال بلا خلاف اجده فيه بين القدماء و المتاخّرين و تمام الکلام موکول الى محلّه و منها انّ المحصّل للملک و الفسخ هو القصد المقارن للعقد و الايقاع السّابق عليهما آنا ما و يحصل بهما و التقدّم ذاتىّ بمعنى انّ الفسخ و العقد و ان حصلا معا و اجتمعا زمانا و کان العقد متوقّفا على الملک و الملک على الفسخ و الفسخ على العقد الّا انّ الفسخ مقدّم رتبه على الثّانى فيقدّر الملک آنا ما للفاسخ ثمّ ينتقل الى المشترى فيکون من قبيل من باع مال الغير ثمّ ملّکه نعم ذلک موقوف على وجود الدّليل و الدّليل فى المقام على تحقّق الفسخ مضافا الى انّ الظّاهر انعقاد الاجماع عليه هو کون الفعل بنفسه مصداقا للفسخ بالحمل الشّائع الصّناعى و اختار هذا الوجه جماعه من الاصحاب و فى الجواهر و هذا و ان ارتکبناه فى غير المقام الّا انّه لمکان الدّليل المخصوص الدالّ على الصحّه و الحصر طريق الجمع بينه و بين ما دلّ على اعتبار سبق الملک بدعوى التقدّم الذّاتى بخلاف المقام الّذى لا يتوقّف الحکم بالفسخ على صحّه التصرّف بل يکفى و لو کان فاسدا اى لم يترتّب عليه أثره ه و منها ما عن الشّهيد ره من انّ الدّور معىّ و فيه انّ هذا

بظاهره فى حيّز المنع لوضوح توقّف الملك على النّقل المتوقّف عليه و منها ما عن الايضاح من اختلاف الطّرفين فى الموقوف و الموقوف عليه بانّ الفسخ و الملك يحصلان باوّل جزء من الفعل او القول و نفوذ التصرّف و البيع يحصل بباقى الاجزاء هذا ان كان البيع بمعنى السّبب و هو الايجاب و القبول و ان جعلناه بمعنى المسبّب و المنشأ و هو النّقل الحاصل فالامر اسهل لانّ النّقل موقوف على الملك و هو موقوف على الجزء الاوّل من السّبب و هو العقد لا على النّقل و فيه أوّلا انّ هذا يتمّ فى الوضعيّات من البيع و غيره لا التّكليفيّات كالوطى فانّ الجزء الاوّل يقع محرّما و ثانيا انّ كلّ جزء من اجزاء الايجاب موقوف على الملك و الفسخ فى حصول النّقل فانّ بناء على القول بتوقّف البيع و العتق على الملك و اشتراط وقوع الانشاء فى ملك المنشى يكون صحّه العقد متوقّفا على تقدّم تملّك العاقد على جميع اجزاء العقد لتقع فيه و ان اراد ذلك بناء على القول بانّ الممنوع شرعا تمام السّبب فى ملك الغير لا وقوع بعض اجزائه فى ملك الغير و تمامه فى ملك نفسه رجع هذا الوجه الى الوجه الآتى الّذى افاده المصنّف ره و قال انّه لا يخلو عن قوّه و ثالثا انّه لا يتمّ فيما لم يكن لسبب النّقل جزء كما فى إشاره الاخرس فانّ الفسخ و الملك و النّقل يحصل فى ان واحد و التنظّر فى هذا بانّ بناء على الوجه الثّانى و هو كون النّقل عباره عن المنشأ لا الانشاء لا دور و ان حصل الجميع فى ان واحد لانّ النّقل موقوف ح على الملك و هو موقوف على سبب النّقل لا على نفسه لا موقع له فانّه و ان لم يكن ح دور الّا انّه مستحيل للزوم وجود ما لا يكون الّا فى زمان بعد وجود الشّى ء مقارنا لوجود ذلك الشّى ء و منها انّ الفسخ يحصل بالانشاء و البيع بالمنشإ فبقوله بعت ينفسخ العقد و يملك ما انتقل عنه و ينتقل الى المشترى من حيث اثر القول و مرتبه الأثر متأخّره عن مرتبه المؤثّر نعم لو اعتبر فى الانتقال الى الغير كون العقد واقعا فى ملك النّاقل لم يجر هذا الوجه لانّ الملكيه هنا تحصل بنفس العقد و انّما يجرى بناء على اعتبار الملكيه فى المسبّب و انّ المنشأ لا بدّ و ان يقع فى الملك و هو كذلك و لذا عدّوا الملكيه من شروط العوضين لا من شروط العقد و ليس حكمهم بتحقّق الفسخ بوقوع العقد و لو كان فاسدا الّا من حيث انّه يحصل بالانشاء و قال المصنّف ره و لعلّ هذا معنى ما فى الايضاح من انّ الفسخ يحصل باوّل جزء و بتمامه يحصل العتق ثمّ انّ هذا اذا كان التصرّف بالعقد و اذا كان بالمعاطاه فالفسخ يحصل بالاخذ من المنتقل إليه و البيع بالاعطاء الى المشترى و فيه انّ هذا

يتمّ فى الوضعيّات كالبيع و لا يجرى فى غيرها من التصرّفات الفعليّه المحقّقه للفسخ كالوطى و الاكل و نحوهما و منها ما ذكره المصنّف ره من انّه لا دلاله فى ادلّه اعتبار الملكيّه فى البيع و نحوه على ازيد من كونه مملوكا قبل كونه مبيعا فلا تعمّ البيع الواقع بعضه فى ملك الغير و فيه ما ذكره أيضا من انّ التصرّفات الفعليّه المحقّقه للفسخ كالوطى و الاكل و نحوهما لا وجه لجواز الجزء الاوّل منها و منها ما فى الجواهر قال أمّا اذا كان اى التصرّف بالانتفاع كاللّمس و التّقبيل و الوطى و نحوها فيمكن القول بحصول الفسخ بها و انّه مقارن للدّخول فى الملك من غير اثم تحكيما لما دلّ على انّ له الفسخ بايّ فاسخ يكون المستفاد من نفس ثبوت الخيار له على ما دلّ على حرمه التصرّف فى مال الغير بحمله على ما لا يقارنه الملك من التصرّف خصوصا مع خفاء اندراج هذا الفرد فزمان الفسخ ح و الدّخول فى الملك و اللمس واحد الى ان قال بل يمكن القول به فى البيع و نحوه بناء على منع اعتبار سبق الملك فيه و نحوه لعدم الدّليل بل مقتضى اطلاق الادلّه خلافه و قوله (ع) لا بيع الّا فى ملك لا يقتضى ازيد من اعتبار اصل الملك فى البيع على وجه يشمل المقارن فى مثل الفرض لا اقلّ من الشكّ و قد عرفت انّ مقتضى الاطلاق الصحّه فى مثل الفرض الّذى هو من باب ترتّب المعلولات الغير المتنافيه بعللها و ان كانت العلّه فى وجود الجميع واحده فيترتّب ح على التصرّف الفسخ المقتضى لعود الملك للفاسخ المقتضى لانتقاله عنه الى المشترى المقتضى للانعتاق لو فرض كونه أبا له و ربما يؤيّده ما ذكروه فى الوكاله من حصول عقدها بالقبول فعلا من الوكيل بان يفعل ما وكّل فيه من تزويج او بيع او نحوهما فانّ الوكاله و البيع حصلا بعلّه واحده و الظّاهر عدم زياده اعتبار الملك فى مضىّ البيع على اعتبار الوكاله فيه فانّ بيع الوكيل و المالك سواء فى ذلك و بالجمله لا مانع من تسلسل العلل المترتّب على كلّ منها معلولها و ان اتّحد العلّه الاولى فيها نعم لا يعقل حصول المعلولات المتنافيه لعلّه واحده كما هو واضح و ممّا يؤكّد المقام ظهور إراده القائل بكون البيع فعلا فاسخا الصحيح منه لا الفاسد الّذى يكون فسخه من الدّلاله على ارادته لا انّه فسخ بالتصرّف بل هو صريح استدلالهم على الفسخ باصاله الصحّه فى العقد و اللّه العالم انتهى ففى الوضعيّات من البيع و نحوه يمنع اعتبار سبق الملك فيها بل مقتضى اطلاق ادلّه البيع خلافه و قوله (ع) لا بيع الّا فى ملك يشمل المقارن و ان شئت قلت انّ هذا و اشباهه من ادلّه الملكيّه فى البيع اضافىّ بالنّسبه الى البيع فى ملك الغير او فى غير ملك كالمباحات الاصليّه و امّا التصرّف بالوطى و نحوه فلانّ المستفاد من ادلّه

الخيار سلطنه صاحبه على الفسخ قولا او فعلا و الوطى مصداق للفسخ و مقتضاه الجواز التّكليفى أيضا و عدم الحرمه فانّ الحليّه الوضعيّه للفسخ لا بدّ و ان يستتبع الحليّه التكليفيّه له كغيره من الافعال و حليّه الوطى مثلا لا تتوقّف على ملك الرّقبه قبله بل على السّلطنه الشّرعيّه عليه و لذا يجوز بالتّحليل و التّزويج فاذا جاز الفسخ وضعا بادلّه الخيار و جاز بإطلاقها و بعموم معقد الاجماع جواز تصرّف ذى الخيار فيما انتقل عنه اىّ تصرّف كان قولا- او فعلا- من البيع و الاكل و الوطى و غير ذلك استلزم الجواز الوضعى الجواز التّكليفى و لا يلزم فى حليّه الوطى كونها مملوكه قبل الوطى و يظهر ممّا ذكر ما قاله من حصول الفسخ بالوطى و انّه مقارن للدّخول فى الملك تحكيما لما دلّ على انّ له الفسخ باىّ فاسخ على ما دلّ على حرمه التصرّف فى مال الغير الخ فانّه اذا استفيد الجواز التّكليفى بتبعيّه الجواز الوضعى كان مبيّنا للمراد من قوله تعالى أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ و مفسّرا له بانّ المراد او ما ملكت ايمانهم و لو مقارنا للفعل و بسببه و منع الاطلاق فى ادلّه الخيار من حيث افراد الفسخ حتّى يشمل الفعل الّذى يكون محرّما من حيث هو فى غير محلّه فان قلت انّ معنى جواز الفسخ لاجل الخيار الجواز الوضعىّ اعنى الصحّه لا التّكليفى فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ قلت انّ الفسخ الجائز بالجواز الوضعى لا بدّ و ان يكون مقدورا للفاسخ و اذا كان حراما تكليفا يكون غير مقدور له فانّ الممتنع الشّرعى كالممتنع العقلى و اذا استفيد من ادلّه الخيار عموم الجواز الوضعى لكلّ فعل استلزم جوازه التّكليفى و امتنع تخلّف الثّانى عن الاوّل و نحن لا ندّعى ثبوت الملازمه بين الحكمين الوضعى و التّكليفى فى كلّ مورد لوضوح فساده بل ندّعى انّ الحكم الوضعىّ قد يكشف عن ثبوت الحكم التّكليفى أيضا لامتناع تخلّفه عنه و لذا حكموا بانّ صحّه الاجاره لا تجتمع مع وجوب العمل المستاجر عليه او حرمته كما انّ الحكم التّكليفى أيضا قد يكشف عن ثبوت الوضع و ذلك كما فى الاخبار الوارده فى استحباب الاحسان و التبرّع بالقضاء عن الميّت فانّها يكشف عن صحّه العمل المأتىّ به كذلك حيث لا يعقل استحباب النّيابه عن الميّت و عدم صحّتها بعدم وصول شى ء الى المنوب عنه و كما فى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ اذا قلنا بانّها لبيان الحكم التّكليفى و يكون الوضع مستفادا منه بالملازمه و بالجمله اذا دلّ دليل الخيار على صحّه الفسخ بكلّ فعل دلّ على حليّه ذلك الفعل بالملازمه و كون الفعل فى نفسه محرّما أوّل الكلام و القول بانّ الجواز وضعا انّما يفيد الجواز تكليفا من حيث انّه فسخ لا- من جميع الحيثيّات فالوطى مرخّص فيه من حيث انّه فسخ و حرام من جهه عدم الملكيّه شطط من الكلام لا يلتفت إليه فتدبّر ثمّ انّ هذه الوجوه المذكوره قد اشار الى

جمیعها فی المتن و اقربها عندی هو الاخیر ثمّ الاوّل و هو الفسخ قبیل التصرّف

قوله (و الجزء الّذی لا یتجزّی غیر موجود)

قال بعض المحشّین لا یخفی انّ کلّ جزء لا یکفی فی السببیّه بل لا بدّ من ان یکون بمقدار یدلّ علی إراده الفسخ و قد لا یکون الکاشف و الدالّ علی الفسخ الّا تمام العقد فوجود الجزء الّذی لا یتجزّی لا دخل له بالمطلب اذ لا یکون کاشفا قطعا و علی فرضه فلا فرق بینه و بین غیره فی کونه مقدّما علی الملکیّه فما ذکره المصنّف قدّس سرّه بقوله انّ غایه الامر ح المقارنه بینه و بین التملّک کما تری ه و قد تقدّم نقل ما هو نظیر ذلک من حاشیته و فیه انّ الکلام لیس فی الکاشف بل فی تحقّق الفسخ و الملک و النّقل فی الواقع و الایضاح ناظر الی ذلک نعم لیس التصرّف فیما انتقل عنه فسخا تعبّد او انّما یحکم بالفسخ بالتصرّف فیما علم کون تصرّفه من جهه الفسخ لا لامر آخر و ان کان انکشاف ذلک و العلم به مفارقا لنفس التصرّف و بالجمله حصول الفسخ و النّقل بالتصرّف و توجیه حلّ اشکال الدّور فی ذلک لا دخل له بلزوم الکاشف عن کون التصرّف من جهه الفسخ و من تامّل فی کلام المصنّف ره عرف المدخلیّه لوجود الجزء الّذی لا یتجزّی فی مرامه فتدبّر

[مسأله من أحکام الخیار عدم جواز تصرّف غیر ذی الخیار تصرّفاً یمنع من استرداد العین عند الفسخ]

قوله (من احکام الخیار عدم جواز تصرّف غیر ذی الخیار)

یظهر من المتن اقوال الاوّل عدم الجواز مطلقا و هو مختار المبسوط و المنقول عن اکثر الاصحاب الثّانی الجواز مطلقا و هو المستفاد من عباره الشّرائع فی باب الرّهن و الزّکاه و من عباره التّذکره و الدّروس الثّالث التّفصیل بالجواز فی الخیارات الاصلیّه و المنع فی الخیارات المجعوله بالشّرط و هو الّذی یظهر من المتن الرّابع التّفصیل بین العتق و غیره من التصرّفات بنفوذ الاوّل و عدمه فی غیره و هو المستفاد من کلام بعضهم الخامس التّفصیل بین الاتلاف فلا یجوز و التصرّفات النّاقله فیجوز مع انفساخه عند الفسخ من اصله السّادس التّفصیل المتقدّم مع الانفساخ من حین الفسخ و الظّاهر انّ القولین الاخیرین یرجعان الی القول الاوّل فانّ تجویزهما لغیر الاتلاف من جهه انّ التصرّف غیر مانع للاسترداد بالفسخ و لیس الخلاف فی المسأله مبتیّا علی حصول الملک بنفس العقد او بانقضاء الخیار فانّ علی القول بعدم تملّک المبیع قبل انقضاء الخیار و هو المنسوب الی الشّیخ و ابن سعید یلزم عدم جواز تصرّف المشتری مط سواء کان من قبیل العتق المنافی لاسترداد العین أم لا و یلزم ان یعلّل المنع بعدم الملک مع انّ جماعه من المانعین علّلوا بانّ تصرّفه ینافی استرداد العین فخلاف القائل بعدم الملک لا یعدّ خلافا فی هذه المسأله و ان کان

الانسب تاخير هـذه المسأله عن مسئله حصول الملك بالعقد او بانقضاء الخيار و كذا ليس الخلاف مبتيّا على تعلّق الخيار بالعقد او العين لانّ الخيار ملك فسخ العقـد و حلّه و ليس متعلّقا بالعين أوّلا و لـذا يصحّ الفسخ من ذى الخيار مع عدم بقاء العين الّا انّه لا اشكال كما تقـدّم فى انّ تعلّق الخيار بالعقـد انّما يكون على وجه الطّريقيّه لاسترجاع ما خرج عن ملك صاحبه و ردّ ما انتقل إليه و ان لم يلزم دخـول المرجـوع الى ملك ذى الخيـار فالخيـار فى الحقيقه حقّ لصـاحبه متعلّق بـالعين و فى الحاشـيه التقريريّه للخوانسارى ره قال انّ الخيار و ان كان سـلطنه على حلّ العقـد و ابقائه الّا انّ كونه موضوعيّا لا وجه له و على الطريقيّه يحتمل ان يكون الغرض من استرجـاع المـال الاعمّ من العين او المثل او القيمه و ان يكون الغرض استرجاع نفس العين و مبنى الوجهين انّه لو قلنـا فى بـاب الضّـمان بـانّ المـدار فيه على قيمه يوم الاـداء امّا لبقاء العين التّالفه بخصوصـيّتها الشخصـيّه فى عهـده الضّامن او بماليّتها الغير المتقدّره بالمقدار فلازمه ان يجب عليه حفظها ليتمكّن المضمون له عن استرجاع نفس العين فلا يجوز له التصرّفات المتلفه و النّاقله و يكون حفظها من قبيل المقـدّمات الوجوديّه للواجب المطلق و امّا لو قلنا بانّ المدار على قيمه يوم التّلف فلازمه ان يكون ماليّتها المتقـدّره فى عهـده الضّامن فيجوز اتلافها و نقلها الى الغير لانّ ما فى ذمّه الضّامن هو القدر المشترك بين العين و المثل او القيمه و يكون حفظ العين من المقدّمات الوجوبيّه للواجب و حيث اخترنا فى مسـئله الضّـمان انّ المدار على قيمه يوم الاداء فلا يجوز له التصرّفات المانعه عن الاسترداد بل فى الخيار المشروط بردّ مثل الثّمن لا شبهه فى عدم جواز التصرّف المانع و ان قلنـا بتعلّق الضّـمان بالاـعمّ لانّ الغرض من جعل الخيار نوعا هو ردّ نفس المبيع لا يقال غايه ما يقتضـيه الخيار مط هو طريقيّته لجلب المال الّـذى هو القـدر الجامع بين العين و بدلها و لهذا لا يسـقط بتلف العين بل ينتقل الى البدل لانّا نقول الّذى يمكن ان يكون الخيار وسيله الى استرداده هو ما انتقل من ذى الخيار الى من لا خيار له و هو نفس العين و لـذا لو طرأ الفسخ او الانفساخ و كـانت العين بـاقيه لاـ يصـحّ ردّ المثل او القيمه و ردّهما عنـد التّلف انّما هو لتعـذّر ردّ العين و عـدم موجب لسـقوط الخيار فلا ملاـزمه بين الرّجوع الى البـدل مع التّلف و جواز الاتلاـف انتهى اقول لا وجه لجعل الخلاف فى المسأله مبتيّا على كون الطريقيّه يحتمـل فيه الوجهـان لوضوح سـقوط الضّـمان بـاداء نفس العين على جميع الاـقوال فى كيفيّه ضـمان المثلىّ و القيمىّ حتّى على القول بضمان اعلى القيم

و استقرار ارتفاع القيمه السوقيّه فى الذّمه فالعين ما دامت موجوده يجب ردّها و معنى ضمانها انّها لو تلفت يجب ردّ مثلها او قيمتها و مراد القائل بضمان قيمه يوم التّلف و كون الماليّه المتقدّره للعين فى عهده الضّامن هو انّ العين اذا قبضت تحقّق ضمانها بماليّتها و صفاتها فاذا تلفت و لم يمكن اداء شخصها ينتقل الضّمان الى مثلها او قيمتها الكذائيه و ليس الغرض جواز اتلافها حتّى يقال فى المقام انّ بناء عليه يجوز اتلاف العين و نقلها الى الغير و يكون حفظ العين من قبيل المقدّمات الوجوبيّه و بالجمله لا اشكال فى انّ الغرض من الخيار و حلّ العقد هو استرجاع نفس العين و معه لا يجوز نقلها و اتلافها و ان كان ضمانها يفيد وجوب تداركها بماليّتها و من هنا يعلم انّ المسأله ليست صعبه و انّ الاقوى عدم الجواز مط وفاقا للمشهور لانّ حقّ الخيار المتعلّق بالعين يمنع عن جريان دليل السّلطنه كما انّ تعلّق حقّ الرّهن يمنع عن سلطنه الرّاهن و تصرّفاته من دون فرق اصلا و ما ذكرنا فى مانعيّه حقّ الخيار ليس بدعوى انّ الخيار حقّ فى العقد و فى العين معا فى عرض واحد و لا بدعوى ثبوت حقّين على نحو تعدّد المطلوب بمعنى انّه حقّ فسخ العقد و حقّ استرداد العين ان كانت موجوده لعدم افتقار ثبوت المانعيّه الى احدى هاتين الدّعويين لوضوح انّ الخيار و حلّ العقد انّما هو على وجه الطريقيّه و معنى ذلك انّ حلّ العقد هو وسيله الى استرداد العين و استرجاع ما انتقل عن ذى الخيار إليه بنفسه و هذا ليس الّا حقّا واحدا

مسائل الاولى على المختار هل يكون مطلق التصرّف باطلا اصلا او حاله حال الفضولى فيصحّ باجازه ذى الخيار او بانقضاء زمان الخيار الاقوى هو الاخير لانّ الخيار انّما يمنع عن نفوذ التصرّفات المنجّزه الواقعه عن المالك على نحو الاستقلال لا ما يكون بمجرّد ايقاع العقد على مترقّبا للاجازه او متوقّعا لانقضاء زمان الخيار فانّ هذا لا يمنع عنه فى الفضولى فضلا عن المالك فالحكم بالصحّه فى المقام اولى منه فى الفضولى فانّ عدم النّفوذ فى المقتضى انّما هو من جهه فقد المقتضى و فى المقام من جهه وجود المانع ثمّ على تقدير انقضاء زمان الخيار من دون فسخ او اجازه لا يحتاج الى اجازه من المالك بل يتنجّز بعده من دون حاجه إليها و ذلك لوجود المقتضى و هو العقد و ارتفاع المانع فانّ العقد كان من المالك جامعا لشرائط التّأثير من رضاه و غيره و انّما منع عن وجوب الوفاء به ثبوت الخيار و بانقضاء زمان الحقّ يرتفع التوقّف و التّزلزل بل قد

يقال انّ المالك كان مكلّفا بوجوب الوفاء بالعقد من حينه كما فى طرف الاصيل فى الفضولى و ما تقدّم فى مسئله بيع الرّهن يجرى هنا أيضا الثّانيه انّ على المختار من عدم بطلان التصرّف رأسا و توقّف نفوذه على الاجازه او انقضاء زمان الخيار هل لذى الخيار فسخ العقد الثّانى أم ينفسخ بفسخ الاوّل من حين الفسخ او من اصله الظّاهر انفساخه بفسخ الاوّل من حين الفسخ لوضوح انحلال الثّانى بحلّ الاوّل و عدم ثبوت خيار اخر له متعلّق بالثّانى مستقلّا مع قطع النّظر عن خياره الثّابت المتعلّق بالاوّل من غير فرق بين ان يكون الفسخ حلّ العقد او انّ الحلّ طريق لاسترجاع العين فالفسخ هو بمعنى استرجاع العين و قد يستدلّ على انفساخ الثّانى من اصله بما سينقله المصنّف عن بعض افاضل معاصريه و يردّه انّ ما ذكره من انّ مقتضى الفسخ تلقّى كلّ من العوضين عن ملك كلّ من المتعاقدين لو سلّم لا داعى فى دفع المحذور الى الالتزام بانفساخ العقد الثّانى من اصله و بطلانه رأسا لإمكان ان يلتزم بملك العاقد الثّانى الى وقت الفسخ و تلقّى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الاوّل جمعا بين صحّه العقد الثّانى و ان كان متزلزلا و صحّه الفسخ الواقع ففسخ العقد الاوّل يقتضى رجوع المال من المشترى الثّانى الى من عليه الخيار ملكيّه له تقديرا او آنا ما حقيقه و منه الى البائع الاوّل بمثل ما يقال فى اعتق عبدك عنّى و بالجمله المانع من رجوع المال بالفسخ من المشترى الثّانى الى ذى الخيار لم ينشأ من حين العقد الثّانى و المفروض وقوعه صحيحا موقوفا و انّما نشاء من الفسخ فلا وجه لبطلانه و انفساخه من حين العقد و لا بدّ من الالتزام بما ذكرنا و عدم معروفيّه الملك الموقّت غير ضائر اذا اقتضى الجمع بين القواعد ذلك و لا دليل على كون الفسخ مانعا عن صحّه العقد الثّانى ابتداء و موجبا لبطلانه من حين وقوعه ثمّ انّ لنا منع كون مقتضى الفسخ خروج كلّ من العوضين عمّن دخل فى ملكه الاخر و دعوى انّ مقتضاه ليس الّا رجوع كلّ من العوضين الى المالك الاوّل فانّ الفسخ ليس الّا حلّ العقد و استرجاع ما خرج عن ملكه الثّالثه هل يصحّ العتق ممّن عليه الخيار متوقّفا على الاجازه الظّاهر نعم لوجود المقتضى و عدم المانع كغيره من التصرّفات فان قلت انّه يعتبر فى العتق نيّه القربه و لا تحصل مع التّرديد قلت عدم الجزم لا ينافى قصد القربه كما هو المقرّر فى صحّه عباده المحتاط و توهّم انّه من الايقاعات و لا يقع الّا منجّزا من دون توقيف على امر مستقبل مثل الطّلاق مندفع بانّ القدر المسلّم من اعتبار التنجّز فى الايقاع ما هو المعتبر فى العقود و هو ان لا يكون العقد او الايقاع معلّقا على شى ء باداه الشّرط بان يقصد انعقاد العقد او الايقاع فى صوره وجود ذلك الشّى ء لا فى غيرها و امّا الشّرائط الشرعيّه الواقعيّه

المقرّره للتّأثير بحسب اصل العقـد و منها عـدم المانع فلا اشـكال فى عدم اخلالها و اعتبار عدمها اذ لا دليل على ازيد ممّا ذكرنا بل الـدّليل على خلافه نعم قـد قام الـدّليل فى بعض الموارد على اعتبار التنجّز بمعنى عـدم التّوقيف فى التّأثير على امر غير محقّق حال الانشاء و ايجاد الصّيغه كالاجماع الواقع على ذلك فى الطّلاق و المفروض فى المقام عدمه ثمّ انّ هنا شيئا ينبغى التّنبيه عليه و هو انّ ما قـدّمنا من انّه ينفسـخ تصـرّف من عليه الخيار بفسخ ذى الخيار من حين الفسخ انّما هو فى غير العتق و امّا فى مثله فلا بـدّ من القول ببطلانه من اصـله بالفسـخ و ذلك لعدم امكان انفساخه من حين الفسخ لوضوح انّ الحرّ لا يعود رقّا و قد تقدّم فى بيع الرّهن و فى خيـار الغبن مـا يتعلّق بالمقـام الرّابعه لاـ اشـكال على المختـار فى جواز وطى من عليه الخيـار للامه المشتراه و مع الفسـخ يكون حقّ الخيـار مقـدّما على الاستيلاـد و قـد سـبق منّا الكلام فى ذلك فى مسئله عـدم جواز بيع أمّ الولـد و ما اذا كان علوقهـا فى زمان خيار بايعها و ذكرنا انّ المسأله ان كان من باب التّزاحم فالتقـدّم لحقّ الخيار لسـبقه و ان كان من باب التّعارض فـالمرجع هو استصـحاب بقـاء الخيـار و ذكرنـا انّ هـذا بناء على شـمول ادلّه مانعيّه الاستيلاد عن البيع لمثل المقام و امّا لو قلنا انّ الممنوع هو نقل المالك او النّقل من قبله فلا مانع من استرداد العين اصـلا فان قلت لا بدّ من تقديم حقّ الاستيلاد لانّ المسأله ان كـانت من باب التّزاحم فالتّقـديم لجانب الاهمّ و العتق اهمّ فى نظر الشّارع هـذا مضافا الى انّ حقّ الخيار له بـدل يقوم مقام العين بخلاف العكس و ليس المـدار فى باب التّزاحم على السّابقيّه حتّى يقـدّم حقّ الخيار و لذا لا يجب فى انقاذ الغريقين تقديم انقاذ الغريق السّـابق بـل يجب انقـاذ الاـهمّ و ان كـان من باب التّعارض فالظّاهر اقوائيّه دليل الانعتاق بالاستيلاد على دليل رجوع العين بالفسـخ خصوصـا بملاـحظه انّ قوله (ع) لاتبـاع أمّهات الاولاد ممّا يأبى سياقه عن التّخصـيص قلت انّ منع ذلك كلّه بمكان من الوضوح امّـا مـا ذكر من تقـديم الاـهمّ دون السّـابق فى بـاب التّزاحم فـالتّحقيق انّه يختلف حيثيّه التّرجيـح و التّقـديم فيه بحسـب الموارد ففى مثـل المقـام من تزاحم الحقوق لا اشـكال فى تقـديم السّابق و عـدم ملاحظه الاهميّه فى اللّاحق و ذلك من جهه انّ ثبوت الحقّ السّـابق مانع عن الاخر قطعا و القياس بتزاحم الواجبين فى غير محلّه و من قبيل المقيس عليه من كان عنـده من المال ما لا يكفى الّا لاحـد الـدّينين حيث لا يجب تقـديم الـدّين السّابق و ذلك من جهه انّ متعلّق الـدّين هو الـذمّه و لا حقّ لاحدهما يكون متعلّقـا بـالعين و الّا لكان من قبيل المقام و لو كان للميّت غريمان فى الـدّين المسـتغرق و كان حقّ احـدهما متعلّقا بالتّركه قبل الاخر بان

حدث الدّين الثّانى بعد الموت فالقاعده تقتضى تقديم السّابق و البحث فيه موكول الى محلّه و بالجمله ما كان من قبيل التّكليف فلتقديم الاهمّ وجه و امّا ما كان من قبيل الوضع و الملكيّه بحيث كان عمله مملوكا للغير و من باب الحقوق بان كان الحقّ متعلّقا بالعين فلا اشكال فى انّ التّرجيح للسّابق زمانا و من هذا القبيل ما اذا اجر نفسه لعمل فى اشهر الحجّ ثمّ حصلت الاستطاعه فانّه لا بدّ من الحكم بلزوم الاجاره و عدم تحقّق الاستطاعه ثمّ انّ اهميّه العتق فى حيّز المنع كما هو ظاهر و امّا التّرجيح بانّ حقّ الخيار له بدل ففيه انّ ما ذكروه من ترجيح ما لا بدل له شرعا على ماله بدل كذلك فى باب التّزاحم على فرض تسليمه انّما هو فيما كان جعل البدليّه تقييدا للمبدل منه بالقدره الشرعيّه و كان تقييدا له من أوّل الامر كما فى الوضوء اذا زاحم واجبا اخر من واجبات الصّلاه حيث حكموا ح بسقوط الوضوء فلو دار الامر بين الوضوء و ادراك ركعه او ازيد من الوقت او التيمّم و ادراك جميع الوقت قدّم الوقت و انتقل التّكليف الى التيمّم و أمّا اذا لم يكن تقييدا للمبدل منه بان جعل بدلا بعد فرض تحقّق العجز خارجا فلا يكون مرجّحا لانّه لا يقتضى تقييد المبدل منه بالقدره الشرعيّه و انّما يقتضى البدليّه فى صوره العجز عن القدره العقليّه و المقام من هذا القبيل و امّا ما ذكر على تقدير التّعارض من اقوائيّه دليل الانعتاق بالاستيلاد فالانصاف خلوّه عمّا يوجب ترجيحه على دليل الخيار من احدى المرجّحات الداخليّه و الخارجيّه و امّا انّ قوله (ع) لاتباع أمّهات الاولاد يأبى سياقه عن التّخصيص فهو كلام خال عن التّحصيل فالحقّ انّ مع قطع النّظر عن دعوى انّ الممنوع هو نقل المالك او النّقل من قبله هو تساوى الدّليلين من دون اقوائيّه لاحدهما و المرجع ح على تقدير التّعارض هو الاستصحاب الخامسه لا فرق بين كون العقد الثّانى لازما او جائزا امّا على المختار من عدم نفوذ العقد الثّانى الّا بالامضاء او انقضاء زمان الخيار فواضح و امّا على مختار المصنّف ره و عدم استحقاق المغبون للعين بالفسخ فليس له فسخ العقد الثّانى أيضا لانّ جوازه لا يوجب سلطنه اجنبىّ غير المتعاقدين و هو المغبون على فسخه و عليه فلا بدّ من الكلام من حيث الزام الغابن على الفسخ بما افاده فى المقام و فى خيار الغبن

قوله (فى الرّوضه بما لا يخلو عن تكلّف)

حيث حمل عباره المصنّف على الرّهن على الثّمن فى زمن الخيار عند البائع مع انّ ظاهرها صحّه الرّهن للمبيع من المشترى عند البائع و غيره كما لا يخفى على من تدبّر فى كلامهما

قوله (الّا انّها فى الخيار المجعول علّه للجعل)

الظّاهر عدم الفرق بين الخيارين فى انّ ابقاء السّلطنه علّه للخيار بمعنى انّ الغرض من جعل الخيار بقاء سلطنه

صاحبه على استرداد العين

قوله (و عليه فيتعيّن الانتقال الى البدل)

يعنى على ما عرفت من جواز التصرّف و يحتمل بعيدا انّه ره يعنى على بقاء الخيار مع التّلف و لكن لا يلائم هذا المعنى كلامه بعد ذلك و منه يعلم حكم نقله عن ملكه لتصريحه ح بانّ الانتقال الى البدل من اجل جواز التصرّف

قوله (و على كلّ حال فالخيار المتوقّف تنجّزه الخ)

غرضه بيان عدم الخلاف فى الفرض من حيث الفتوى فلا ينافى ثبوت الاشكال من جهه ما افاده من الوجهين فلا تغفل

قوله (بدون اذن ذى الخيار فيه وجهان)

هذا بالنّسبه الى ما بعد الفسخ و امّا بالنّسبه الى ما قبله فالظّاهر عدم الاشكال فى الصحّه سواء قلنا بصحّه التصرّفات النّاقله أم قلنا بعدمها الّا مع الامضاء و ما تقدّم فى طىّ الاقوال من القول بجواز التصرّف مع انفساخه من اصله عند الفسخ انّما هو مخصوص بالتصرّفات المنافيه لاسترداد العين و لا يراد منه ذلك حتّى فى الاجاره ثمّ انّ اقوى الوجهين هو البطلان لما ذكره المصنّف ره من ابطال هذا التصرّف لتسلّط الفاسخ على اخذ العين و لا اشكال فى تبعيّه المنافع للعين و استرداد العين يستلزم استرداد المنافع و ذلك لانّ الفسخ يقتضى رجوع العين الى ما كانت عليه حين العقد من حال الفسخ و كيف يمكن مع الفسخ و استرجاع العين الحيلوله بينها و بين من رجعت ملكا له فصحّه الاجاره بالنّسبه الى بعد زمان الفسخ مستلزم لاستحقاق المستاجر لتسلّم العين لاجل استيفاء منفعته و هذا ينافى ردّ العين الى مالكها و لو اجره من ذى الخيار او باذنه ففسخ لم تبطل الاجاره و تردّ العين الى الفاسخ مسلوب المنفعه و بلا غرامه كما اذا باعه بعد الاجاره و هذا بخلاف الفرض الاوّل من الاجاره بدون اذنه فانّ بناء على القول بالصحّه فى ذلك الفرض لا بدّ من غرامه الموجر للمنفعه التّالفه فى مدّه الاجاره لوضوح انّ المنافع المستوفاه مضمونه على المستوفى فى الضّمان المعاوضى

قوله (لم يبطل الاجاره لانّ المشترى ملك العين الخ

و تزلزل الملك من حيث الخيار الموجود لا يكون مانعا عن صحّه الاجاره و نفوذها لانّها كانت باذن ذى الخيار و الاذن الصّادر منه لا ينافى صحّه الفسخ و تأثيره فى ردّ العين و ينافى تأثيره فى ابطال الاجاره

قوله (ثمّ انّه لا اشكال فى نفوذ التصرّف)

الظّاهر انّ المراد هو التصرّف المخرج عن الملك لا المغيّر للعين و نحوه و يشهد له التّعليل الثّانى لسقوط الخيار به

[مسأله المشهور أنّ المبيع يُملك بالعقد، و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدره على رفع سببه]

قوله (فی هذا الکلام شهاده من وجهین)

الاوّل النّسبه الی الشّیخ ملک المشتری اذا اختصّ بالخیار الثّانی جعل الماخذ لتملّک المبیع بعد الخیار

كون غـايه الملـك التصـرّف الممتنع فى زمـان الخيـار فانّ الممنوع من التصـرّف فى زمان الخيار هو من عليه الخيار و فى صوره اختصـاص الخيار بالمشترى لا اشـكال فى عـدم المنع عن تصـرّفه فى المبيع فيكون ملكه له بنفس العقـد كما انّ الظّاهر بناء على هذا الماخذ عدم منع البائع اذا كان الخيار مختصّا به عن التصرّف فى الثّمن فيكون مالكا له بنفس العقد فانّ من له الخيار اذا كان قـادرا على ابطـال العقـد لزم ان لاـ يملك الاخر الّا بعـد انقضاء الخيار من غير فرق بين البائع و المشترى و اذا كان الخيار لهما لا يملك كلّ منهما و ذكر المشترى فقط فى كلام الشّيخ لعلّه من حيث تعلّق العنوان بالمبيع و الّا فلا خصوصيّه فى ذلك

قوله (لكن ينـافيه جعل قول ابن الجنيـد مقابلا) فانّ الظّاهر من المقابله كون قول ابن الجنيـد هو التوقّف على انقضاء الخيار مط و هـذا ينافى عـدم الخلاف فى عـدم توقّف ملك المشترى على انقضاء خياره و حصول الملك بالعقد و انّه ينافى ما ذكره الشّـهيد فى مأخـذ الخلاف فانّ بناء على كون النّاقل العقد و الغرض من الخيار الاسـتدراك كان اللّازم الملك حال العقد مط و بناء على انّ غـايه الملـك التصـرّف الممتنع كـان اللّـازم التّفصـيل المنسوب الى الشّـيخ و القول بتوقّف الملـك على انقضـاء الخيار مط لا يجامع احد الوجهين

قوله و يمكن حمله أيضا على إراده الملك اللّازم)

بل هو قريب من وجوه الاوّل تصـدير كلامه بانّ العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول فانّ الظّاهر انّ المراد صـحّه العقد او حصول الملـك منه و كـلّ منهما يرجع الى الاخر فانّ الصـحّه هو ترتّب الأثر و ليس ذلك الّا حصول الملك مقارنا و لا يصـحّ ان يكون المراد من لفظ العقـد الايجاب و القبول لانّ المعنى ح انّ العقـد يثبت بالعقـد الثّانى انّ الملك قد يسـتعمل فى اللّزوم كما انّه قد يستعمل فى الملك اللّازم و امّا اسـتعمال اللّزوم فى الملك فلم يعهـد من احـد و بالجمله لو كان مراده هو القول المشـهور صـحّ العبـاره من جهه انّ العقـد يثبت بنفس الايجـاب و القبـول و من جهه مـا هو المعهود فى معنى اللّزوم و كـان ارجـاع الضّـمائر فى اللّزوم الى العقد فى غايه الوضوح و ح فيحمل قوله بعد ذلك ملك المشترى على انّه لزم ملكه و قوله لم ينتقل على انّه لم ينتقل لازما الثّالث انّ المشـهور عن ابى حنيفه و مالك هو القول بخروج المبيع عن ملك البائع و عدم دخوله فى ملك المشترى و بقاء الملك بلا مالك و من البعيـد اختيار الشّـيخ لهذا القول و تركه لما عليه الاصـحاب و لذا لا بدّ من حمل كلامه على هذا التّقدير على الكشف كما فى المتن

قوله (و ربما ينسب الى المبسوط اختيار المشهور)

النّاسب هو صاحب الجواهر

قوله (لكنّ النّسبه

لا یخلو عن تامّل)

لا- بدّ أوّلا من نقل تمام العباره فعن المبسوط فی کتاب المفلّس هکذا و اذا باع عینا بشرط خیار ثلاثه ایّام ثمّ افلسا او احدهما قیل فیه ثلاثه اوجه احدها یجوز للمفلّس منها اجازه البیع لانّ ذلک لیس بابتداء ملک و الملک قد سبق بالعقد المتقدّم و الثّانی انّ له اجازه البیع اذا کان حظّه فی الاجازه او ردّه اذا کان حظّه فی الردّ دون الاجازه و امّا ان یجیز و الحظّ فی الردّ فلا- لانّه محجور علیه فممنوع من التصرّف الّا فیما فیه مصلحه لمال او حظّ و الثّالث انّ هذا مبنیّ علی انّه متی ینتقل الملک الی المبتاع اذا کان فی العقد شرط خیار الثّلاثه فمن قال ینتقل بنفس العقد قال له الاجازه و الفسخ و من قال لا ینتقل الملک الّا بانقطاع الخیار لم یجز امضاء البیع و من قال انتقال الملک موقوف فان اجاز البیع تبیّن انّ الملک انتقل بالعقد فانّه لا یجوز له الاجازه و یکون بمنزله من یقول ینتقل الملک بانقطاع الخیار لانّ بفعله یتبیّن انتقال الملک فکان ممنوعا منه و الاوّل اصحّ الوجوه انتهی و وجه التأمّل انّک تری المقابله فی کلامه بین الوجه الاوّل و الثّالث و لازمها انّ المراد من سبق الملک بالعقد المتقدّم المذکور فی الوجه الاوّل لیس هو الانتقال بنفس العقد الّذی هو مقاله المشهور فانّ بناء الحکم فی الوجه الثّالث علی انّ الملک متی ینتقل الی المبتاع هو صحّه الوجه الاوّل مط من دون فرق بین الاقوال المذکوره فاختیاره الوجه الاوّل لا یدلّ علی انّ مختاره حصول الملک بنفس العقد

قوله و قد تقدّم حکایه التوقّف)

ای توقّف الملک علی انقضاء الخیار

قوله (و اکل المال اذا کانت تجاره عن تراض)

فانّ الاستثناء یدلّ علی حلّ الاکل بمجرّد حصول التّجاره و لم یقم دلیل فی المقام علی توقّفه علی شی ء اخر کما قام فیما یشترط فیه القبض و عن المستند الاشکال بمنع الملازمه بین تعلیق الملک علیه و افادته الملک و فیه انّ الآیه تدلّ علی تعلیق إباحه التصرّف علی التّجاره عن تراض و هی صریحه فی حلّ الاکل اذا کانت عن تراض و لیس الملک الّا ترتّب الأثر

قوله (و یدلّ علیه لفظ الخیار)

قال بعض السّاده المحشّین وجه الدّلاله غیر ظاهر اذ نمنع کونه حقّا فی الملک بل هو ملک فسخ العقد ه و فیه انّا لا نمنع ممّا ذکره فی معنی الخیار بل المقصود انّه لو لا حصول الملک بالعقد لم یکن فی الفسخ حلّ و لا له محلّ کما انّه لا خصوصیّه فی قولهم (ع) البیّعان بالخیار فی الدّلاله علی ذلک بل اخبار الخیارات

كلّها دالّه على ذلك

قوله (الّا ان يلتزم بانّه نظير حلّ وطى المطلّقه)

الظّاهر انّه لا وجه لهذا الالتزام لانّ وطى المطلّقه الرجعيّه انّما يكون من صاحب الحقّ فيحصل به الرّجوع و المفروض فى المقام هو جواز النّظر ممّن عليه الخيار فيدلّ على ملكه بالعقد و لو لم يكن مالكا قبل الانقضاء لكان النّظر حراما عليه

قوله (يقول بالتوقّف فى الخيار المنفصل أيضا)

هذا تأييد للتمسّک بالإطلاق فى دفع احتمال كون النّماء فى مورد الرّوايه نماء المبيع فى زمان لزوم البيع و الغرض انّ هذا الحمل لا وجه له فانّه مضافا الى كونه خلاف الاطلاق لم يقل به الشّيخ أيضا فلا قائل بهذا التّفصيل و لا داعى لحمل الرّوايه عليه ثمّ انّ الشّيخ لو كان قائلا بالتوقّف فى الخيار المنفصل أيضا فلعلّ وجهه انّ الدّخول فى الملک فى زمان اللّزوم و الخروج عنه عند زمان الخيار يستلزم الدّخول و الخروج مرّات عديده اذا كان شرط الخيار فى شهر دون شهر الى سنتين و هو كما ترى

قوله (فى غايه الوضوح لمن تامّل فى فقه المسأله)

الانصاف تماميّه الاستدلال بالرّوايه لمذهب المشهور لظهورها فى حصول الملكيّه و عدم التوقّف من غير فرق بين الكشف و النّقل فانّ مجرّد التّبانى و التّواطى على البيع ثانيا لا يوجب ان يكون العقد لازما و تصريح الشّيخ فى ط بجواز بيعه على صاحبه و المنع عن بيعه على غير صاحبه فى المجلس لا يدلّ على كفايه التّبانى عنده لاحتمال كون الوجه فى منعه عن البيع على غير صاحبه هو ما اختاره من التوقّف و عدم حصول الملک فى زمان الخيار و الوجه فى تجويزه للبيع على صاحبه هو التعبّد لاخبار العينه

قوله (و مثل هذه الرّوايه فى عدم الدّلاله و لا الاستيناس)

الانصاف انّها كذلك فانّها ليست فى مقام بيان حصول الملكيّه بنفس الشّراء حتّى يتمسّک بإطلاقها لصوره البيع ثانيا فى ذلک المجلس بل هى وارده مورد حكم اخر و الظّاهر انّ هذا هو مقصود المصنّف من وجه عدم الدّلاله حيث يقول فانّ الظّاهر انّ قوله انّما يشتريه الخ إشاره الى انّ هذا ليس من بيع ما ليس عندک ثمّ وجّه ثانيا عدم الدّلاله بانّ الغالب وقوع الشّراء الاوّل فى غير مجلس الشّراء الثّانى و لو فرض اجتماعهما فى مجلس واحد كان التّعريض للبيع مسقطا للخيار المشترى و دالّا على سقوط خيار البائع و فيه انّه لو فرض الاطلاق كان التمسّک بالصّحيحه للقول المشهور فى محلّه لانّ التّعريض كما عرفت ليس مسقطا للخيار و الحمل على ما هو الغالب خلاف الاطلاق

قوله (و نحوه فى الضّعف الاستدلال فى التّذكره)

تنظير هذا الاستدلال بالاستدلال بالصحيحه لاجل انّ الجواب الاوّل عن التمسّک بصحيحه محمّد بن

مسلم كان عدم كونها فى مقام بيان حصول الملكيّه فى زمان الخيار بل هى فى مقام بيان حكم اخر و هذا هو الجواب أيضا عن هذا الاستدلال حيث انّ النّصوص الدالّه على كون مال العبد للمشترى من غير تقييد بانقضاء الثّلاثه مسوقه لبيان ثبوت المال للمشترى على نحو ثبوت العبد له لا لبيان ثبوت الخيار و عدمه و لا لبيان زمان حصول الملكيّه

قوله (و اشدّ ضعفا من الكلّ ما قيل)

استدلّ بهذا الوجه و تاليه صاحب الجواهر

قوله (و هو انّ الخراج بالضّمان بناء على انّ المبيع الخ)

و تقريبه انّه اذا كان المبيع فى ضمان المشترى فخراجه له أيضا بحكم النبوّى و بقاعده التّلازم بين ملك المنفعه و ملك العين يثبت حصول الملك بالعقد و وجه الاختصاص بالخيار المشترك او المختصّ بالبايع هو انّ الخيار لو كان مختصّا بالمشترى كان الضّمان على البائع و سيجى ء الاستدلال عليه فى المسأله الآتيه و يندفع مضافا الى ما فى المتن بما سبق فى الامر الثّالث من الامور المتفرّعه على القبض بالعقد الفاسد فى معنى الخراج بالضّمان و علمت انّ المعنى هو انّ تملّك المنافع و استحقاقها بسبب التعهّد بالعين و تعهّد ضمانها سبب لاستحقاق المنافع و ليس المعنى كون المال فى عهده الضّامن سواء كان بجعل منه او من الشّارع و على المعنى الاوّل يكون مفاده انّ الضّمان العقدى يقتضى ان يكون المنافع بإزائه فلا ينافى تملّكه لمنفعته كونه فى عهده الغير و كذا لا ينافى ضمانه على مالكه كون المنفعه لغيره فراجع

قوله (و قد ظهر بما ذكرنا انّ العمده فى قول المشهور الخ)

وقع التمسّك فى كلماتهم لما هو المشهور بادلّه غير ما سمعت فمنها اخبار خيار التّأخير المشتمله على انّه ان جاء قبل الثّلاثه فله بيعه و الّا فلا بيع له و فيه انّ الحكم باستحقاق البيع قبل الثّلاثه و عدمه لا دلاله و لا ايماء على حصول الملكيّه قبلها و منها مفهوم الاخبار الدالّه على انّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه من دون تقييد بمضىّ زمان الخيار و فيه انّ كون التّلف بعد القبض من المشترى الّذى هو مفهوم تلك الاخبار و منطوق روايه عقبه بن خالد الآتيه فى احكام القبض و ان كان يقتضى الملكيّه الّا انّ تقييد كون التّلف بعد القبض من المشترى بما اذا كان الخيار للبائع كما يأتى يوجب التّفصيل فى حصول الملكيّه بنفس العقد بين ما اذا كان الخيار للبائع او للمشترى و هو كما ترى و امّا روايه عقبه بن خالد الدالّه بمنطوقها على انتقال الضّمان بالقبض الى المشترى من دون تقييد بمضىّ زمان الخيار او نفى الخيار فالحكم فيها بالضّمان انّما هو بعد الاخراج من بيت

البائع الظّاهر فی حصول الافتراق و غیر خیار المجلس منفیّ بالاصل مع انّ صدر الرّوایه یدلّ علی نفی الخیار مط فانّه سئل عمّن اشتری متاعا من رجل و اوجب له و هذا کنایه عن نفی الخیار و منها غیر ذلک و هو فی غایه الضّعف

قوله (و علی ایّ حال فهذه الاخبار امّا ان یجعل مخصّصه)

لنا أوّلا انکار التّعارض و انّه لا وجه للکلام فی التّکافی و عدمه و ذلک لنفی الملازمه بین کون التّلف من احدهما و ثبوت الملکیّه له و لا دلیل علیها اصلا و من المسلّم کون التّلف من البائع قبل القبض و ان لم یکن خیار لاحدهما و کذا فی زمان الخیار للمشتری علی القول بتملّکه و الغایه انّ هذه الاخبار تدلّ علی انّ التّلف فی زمان الخیار ممّن لا خیار له و هذا ممّا قام علیه الاجماع و لا ینافی حصول الملک بالعقد و انّما ینافیه من حیث استلزامه لکون التّلف من المشتری فیخرج بالنصّ و الاجماع عمّا یستلزمه الملک بالعقد کما یخرج بهما فی التّلف قبل القبض حیث ثبت بهما انّه من مال بایعه سواء کان للمشتری خیار أم لا فکما نقول فی التّلف قبل القبض انّه ینفسخ العقد من حینه و یقدّر دخوله فی ملک البائع آنا ما قبل التّلف و یکون التّلف کاشفا کذلک نقول به فی المقام بل ارتکاب تقدیر الدّخول آنا ما فی المقام لازم علی کلّ حال فانّه اذا کان الخیار للبائع وحده و تلف المبیع کان مقتضی قاعده التّلف ممّن لا خیار له کون التّلف من مال المشتری و اذا کان الخیار للمشتری و تلف الثّمن فانّه من مال البائع و لا بدّ من تقدیر الدّخول آنا ما فی ملک المشتری فی الاوّل و البائع فی الثّانی علی قول توقّف الملک بانقضاء الخیار و بالعکس من ذلک فی الصّورتین علی قول المشهور فلا بدّ من الخروج عن القاعده و ارتکاب تقدیر الدّخول فی کلّ من الصّور الاربع و هی تلف المبیع او الثّمن و کون الخیار للبائع او المشتری علی کلّ من القولین

فان قلت قد علّق (ع) فی صحیحه ابن سنان أوّلا صیروره المبیع للمشتری بانقضاء الخیار و حکم ثانیا بانّ التّلف فی زمان الخیار من مال البائع فقوله (ع) حتّی ینقضی الشّرط ثلاثه ایّام و یصیر المبیع للمشتری و کذا قوله فهو من مال البائع حیث انّ الظّاهر عود الضّمیر الی المبیع ظاهر ان مع قطع النّظر عن الملازمه بین کون التّلف من احدهما و ثبوت الملکیّه له فی توقّف الملک علی انقضاء الخیار و عدم حصوله للمشتری قبله

قلت لا اشکال فی اظهریّه الاخبار المتقدّمه الدالّه علی حصول الملک بالعقد من ذلک بل بعضها صریحه فی الملک و کیف یقاوم ظهور صحیحه ابن سنان مع صراحه قوله (ع) لیس متاعک فی صحیح بشار مع امکان حمل صحیحه ابن سنان

و غیرها علی عدم اللّزوم و الاستقرار و بالجمله لا تعارض بین مضمون کلّ من اخبار الطّرفین و مدلوله المطابقی و هو کون التّلف ممّن لا خیار له فی طائفه و حصول الملک بالعقد فی اخری و انّما التّعارض بین لازمیهما بناء علی ثبوت الملازمه بین الضّمان و الملک و قد عرفت منعها عقلا و شرعا و لا تعارض أیضا من حیث ظهور صحیحه ابن سنان من جهه الاظهریّه الّتی اشرنا إلیها و لو سلّمنا المعارضه فالتّرجیح للادلّه المتقدّمه من جهات و هی الکثره و الاعتضاد بالشّهره بل الاجماع و موافقه الکتاب و مخالفه العامّه کأبی حنیفه و مالک و الشّافعی فی احد اقواله و الموافق لنا احمد و الشّافعی فی احد اقواله و صراحه اخبار الشّرط و اخصیه الاخبار المستدلّ بها للشّیخ من المدّعی و عدم المعاضد لها الّا موافقه الاصل و فی کونه مرجّحا خلاف و قد یق بمعارضه اصاله عدم حصول الملک بالعقد قبل انقضاء الخیار باصاله براءه ذمّه المشتری من المنافع المتلفه عنده فی زمان الخیار قبل الفسخ و هو مردود بانّهما من باب السببیّه و المسببیّه فالمتعیّن علی تقدیر المعارضه و عدمها حمل الصّیروره للمشتری علی الاستقرار و تقدیر الدّخول فی ملک من لا خیار له آنا ما کما فی التّلف قبل القبض بقی شی ء و هو توضیح ما اشار إلیه المصنّف ره فی صدر الاستدلال من انّ ما دلّ علی کون تلف المبیع من مال البائع فی زمان الخیار یدلّ بضمیمه قاعده کون التّلف عن المالک لانّه مقابل الخراج علی کونه فی ملک البائع و یرید المستدلّ انّ النبوّی الخراج بالضّمان یدلّ علی انّ المنافع بإزاء الضّمان فکون التّلف علی البائع و فی ضمانه فی زمان خیار المشتری یقتضی ان یکون منافع المبیع للبائع و اذا کانت المنافع له لم یحصل الملک للمشتری و الّا لکانت المنافع له من حیث تبعیّتها لملک العین و الجواب مضافا الی ما سبق من انّ النّبوی لا یدلّ الّا علی ما هو مقتضی المعاوضه من انّ التّضمین العقدی بإزاء المنافع و لا دلاله فیه علی کون الشّخص ضامنا بإزاء الخراج انّه لا یدلّ علی ما هو المنسوب الی الشّیخ لانّه قائل بحصول الملک للمشتری مع اختصاص الخیار به

[مسأله و من أحکام الخیار، کون المبیع فی ضمان من لیس له الخیار فی الجمله]

قوله و من احکام الخیار کون المبیع فی ضمان من لیس له الخیار)

الظّاهر انّه لا خلاف فی اختصاص هذا الحکم بالبیع دون سائر العقود و وجهه واضح لانّه علی خلاف القاعده و اختصاص الاخبار الوارده بالبیع و لا خلاف أیضا فی انّ مورد هذا الحکم هو الخیار المختصّ باحد المتبایعین و لا یجری فی الخیار المشترک و ان کان ظاهر الاخبار الوارده هو الحکم مطلقا و لو کان الخیار لاجنبیّ من جانب احدهما فالظّاهر

عدم جريان الحكم لانّه على خلاف القاعده و المتيقّن من الاخبار هو صوره الاختصاص بالمشترى و لو كان للمشترى و للاجنبىّ من جانبه أيضا فالظّاهر الجريان خلافا للجواهر حيث مال الى العدم كالصّوره السّابقه و ضعفه واضح و لو كان للمشترى و لاجنبىّ من جانب البائع فالظّاهر عدم الجريان لانعقاد الاجماع على ثبوته فى الخيار المختصّ

قوله (على المعروف بين القائلين)

حيث يكون الحكم ح على خلاف القاعده و قد يتّفق كون الحكم على القاعده حتّى على القول بعدم توقّف الملك على انقضاء زمان الخيار و حصوله للمشترى بالعقد و ذلك كما لو تلف المبيع فى يد المشترى مع اختصاص الخيار بالبايع او تلف الثّمن فى يد البائع مع اختصاصه بالمشترى لو قلنا بهذا الحكم فى طرف الثّمن أيضا

قوله (فتثبت القاعده المعروفه)

و لكن فى فهم هذا المناط كما ستسمعه تامّل بل منع من جهات احدها ظهور الصّحيحه باعتبار لفظه حتّى الظّاهره فى الامتداد فى عدم التعدّى عن الثّلاثه و هذا ما افاده قدّس سرّه فى المتن ثانيها ظهور الصّحيحه من جهه قوله (ع) و ان كان بينهما شرط ايّاما معدوده فيما كان زمان الخيار مضبوطا و هذا انّما يتمّ فى خيار الحيوان و الشّرط فلا يجرى فى خيار المجلس لعدم كونه مضبوطا و ليس له وقت مجدود و زمان معيّن فضلا عن الخيارات الاخر فانّ الغايه هو الغاء خصوصيّه الأيّام و شمول الصّحيحه لمثل شرط الخيار فى السّاعه او السّاعتين ممّا يكون الزّمان معلوما و امّا الغاء جميع الخصوصيّات و جعل المناط صيروره المبيع لازما على المشترى بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه فهو خلاف الظّاهر و لا وجه له اصلا ثالثها انّ لفظه حتّى تستعمل غالبا فى الغايه و قلّما تستعمل فى مقام العليّه و لا يمكن ان يستظهر منها العليّه الّا بقرينه واضحه و بالجمله فالّذى يقوى فى نفسى هو ما افاده المصنّف ره من انّ الصّحيحه مختصّه بالخيارات الثّلاثه على تامّل فى خيار المجلس وجه التأمّل هو انّه و ان امكن جعل المناط انقضاء الشّرط الّذى يطلق على خيار المجلس فى الاخبار و انّه و ان لم يكن محدودا فى منتهاه بزمان معيّن الّا انّ التّحديد بالافتراق يجعله مضبوطا و انّه من قبيل الخيارين من حيث كونه مجعولا ابتداء الّا انّ الجمود على ظاهر الصّحيحه و عدم قيام دليل قطعىّ على ثبوت الحكم فى خيار المجلس يقتضى عدم التعدّى من الخيارين الحيوان و الشّرط الى غيره اصلا

قوله (فانّ ظاهره كفايه مطلق الخيار)

و ان احتمل بعيدا عدم الدّلاله فانّه فى مقام بيان الغايه لحكم ضمان ما قبل القبض لا فى مقام

بیان الضّمان و عدمه من حیث الخیار

قوله (او الامه المدلّسه فلا شی ء)

توضیح العباره یظهر ممّا نقله أیضا فی مسئله انّ ظهور الغبن شرط شرعیّ لحدوث الخیار او کاشف عقلیّ فراجع

قوله (نفی ذلک الاحتمال)

مفعول لقوله ذکر

قوله (و فی الاعتماد علی هذا الاستظهار تامّل)

و وجهه مضافا الی ما تقدّم جعله (ع) ثلاثه ایّام بدلا عن الشّرط فی قوله حتّی ینقضی شرطه ثلاثه ایّام و یصیر المبیع للمشتری فالشّرط المذکور فی هذه الجمله لیس الّا خیار الحیوان مضافا الی تفسیر الشّرط فی بعض الرّوایات بخیار الحیوان

قوله (و لو کان منفصلا بناء علی انّ البیع متزلزل

یستفاد من کلامه قدّس سرّه التّفصیل بین ما لو کان الخیار منفصلا فی خیار المجلس و الحیوان و الشّرط فیجری القاعده کما لو شرط فی خیار المجلس سقوطه من حال العقد الی ساعه مثلا مع بقائه بعدها الی اخر المجلس و فی خیار الحیوان سقوطه الی یوم و بقائه بعده الی آخر الثّلاثه و ما لو کان الخیار منفصلا من جهه سائر الخیارات کالغبن و العیب و نحوهما فلا یجری و هذا هو الحقّ الّذی لا محیص عنه و قد یقال انّ الظّاهر اختصاص القاعده بما اذا کان الخیار متّصلا بالعقد فلا یجری فی الخیار المنفصل حتّی فی خیار الحیوان مدّعیا لصدق انّه صار المبیع للمشتری بمعنی انّه لزم بالنّسبه إلیه و هو فی غایه الضّعف لوضوح انّ الخیار فی المجعول ابتداء من حین العقد کخیار الحیوان و شرط الخیار و ان اسقطا بعضه یصدق کون البیع متزلزلا و لو قبل حضور زمان الشّرط و هذا بخلاف التّزلزل الحادث الّذی لیس مجعولا ابتدا من الشّرع او المتبایعین سیّما علی القول المشهور من حدوث التّزلزل عند ظهور سبب الخیار

قوله (فهی توجب التّزلزل عند ظهورها)

قال بعض هذا مناف لما قوّاه سابقا من کون الخیار فی الغبن و العیب من حین العقد لا من حین الظّهور و هذا عجیب فانّه قد فصّل هناک بین ما لو ارید من الخیار السّلطنه الفعلیّه الّتی یقتدر بها علی الفسخ و ما لو ارید منه مجرّد ثبوت حقّ للمغبون و منه یظهر انّه ینکر تزلزل العقد ظاهرا قبل ظهور الغبن و قد جعل التّلف من آثار السّلطنه الفعلیّه و قال انّ الظّاهر انّه قبل ظهور الغبن من المغبون اتّفاقا و لو قلنا بعموم قاعده کون التّلف فی زمان الخیار ممّن لا خیار له لمثل خیار الغبن

قوله (ثمّ انّ مورد هذه القاعده انّما هو ما بعد القبض)

قد يتوهّم انّ هذه القاعده بإطلاقها

تعارض قاعـده تلف المبيع قبل قبضه تعارض العامّين من وجه لانّ هـذه القاعـده تعمّ ما قبل القبض و بعده الّا انّها مختصّه بوجود الخيـار و الثّـانيه مختصّه بما قبل القبض و تعمّ وجود الخيار و عـدمه فتتعارضان فى صورتى تلف المبيع قبل قبضه فى يـد البائع و الخيـار للبـائع فقط و تلفه بعـد قبضه و الخيار للمشترى كـذلك و لا تعارض فى صورتى تلف المبيع قبل قبضه و الخيار للمشترى فقـط و تلفه بعـد قبضه و الخيـار للبائع كـذلك و اذا كان التّعارض بالعموم من وجه لزم الرّجوع الى المرجّح فى تخصـيص احد العامّين و هو فى غير محلّه فانّ الظّاهر من قوله (ع) و ان كان بينهما شـرط ايّاما معـدوده فهلك فى يـد المشترى فى صـحيحه ابن سنان و من قول السّائل فماتت عنـده فى روايه عبـد الرّحمن هو اختصاص هـذه القاعـده بما بعد القبض و ما ذكرنا هو الوجه فى عدم ملاحظه الاصـحاب للعموم من وجه و اتّفاقهم على اختصاصـها بما بعد القبض و مرسله ابن رباط و النّبوى المروىّ فى قرب الاسـناد و ان كانا مطلقين الّا انّه لا بـدّ بقرينه ما سبق و لو بمعونه فهم الاصـحاب من تقييـدهما بـذلك أيضا و لو سـلّم التّعارض فالتّرجيح فى الصّوره الاولى من صورتى التّعارض لقاعده التّلف قبل القبض لانّها مسـتفاده من النصّ الخاصّ و هو روايه عقبه بن خالد و امّا قاعده كون التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له فدليلها من صحيحه ابن سنان و غيرها مختصّ بحسب المورد بخيار المشترى و ضمان البائع و اذا كان بالعكس فالحكم فيه انّما هو بفهم المناط من مورد الادلّه كما علمت ذلك من عباره السّرائر و لا ـ اشـكال ح فى انّ الظّهور الحاصـل من المـدلول المطـابقى لروايه عقبه بن خالـد اقوى من الظّهور الحاصـل من الطّائفه الثّانيه بحسب فهم المناط كما لا يخفى هـذا مضافا الى موافقته أيضا لقاعده كون التّلف من المالك و من الصّوره الاولى أيضا ما تقدّم عن مجمع البرهـان من تلف المبيع بعـد الثّلاـثه مع خيـار التّأخير من البائع و فى الصّوره الثّانيه لقاعـده كون المبيع فى ضـمان من ليس له الخيـار لانّهـا المـدلول المطـابقى لصـحيحه ابن سـنان و غيرها من الاخبار المتقـدّمه المعتضـده بالاجماع و الّـذى يسـهّل الخطب عـدم الخلاف فى اختصاص قاعده الضّـمان بمن ليس له الخيار بما بعد القبض و لا خلاف فى حكم الصّورتين سواء قلنا بالتّعارض و لزوم التّرجيح او عدمه

قوله (و امّا عموم الحكم للثّمن و المثمن)

ظاهر كلمات الاصـحاب عـدم الفرق بينهما و فى الرّياض بعـد بيان قاعده ما اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه و كذا لو تلف المبيع او الثّمن بالآـفه الاـلهيّه بعـد قبضه و قبـل انقضاء خيار المشترى او البائع فانّ التّلف فى مـدّه الخيار ممّن لا خيار له بلا خلاف اجده انتهى و لكن دعوى وحده المناط

بانّ نسبه الثّمن المقبوض للبائع و الخيار مختصّ به كنسبه المبيع المقبوض للمشترى اذا كان الخيار مختصّا به غير مسموعه و قد مرّ بعض الكلام فى ذلك فى بعض الامور المذكوره فى بيع الخيار و لا اشكال فى انّ مقتضى الاحتياط خلافه و ذلك لاجل الاقتصار فيما خالف القواعد على المتيقّن خروجه منها و هو المبيع فلا يتعدّى الى الثّمن

قوله (مضافا الى استصحاب ضمان المشترى له الثّابت قبل القبض)

هذا مبنىّ على ما هو الظّاهر من عدم الخلاف كما سيأتى فى جريان قاعده التّلف قبل القبض فى الثّمن

قوله (و حيث ثبت المخالفه قبل القبض فالاصل بقائها)

و يكون الاصل السّببى و هو بقاء الضّمان حاكما على الاصل المسبّبى و هو اصاله عدم الانفساخ فالدّليل على عموم الحكم للثّمن و المثمن هو استفاده وجود المناط القطعى فى الثّمن و على فرض عدمه يتمسّك بالاستصحاب المذكور و لا يكون الاستصحاب معارضا لقاعده كون التّلف على المالك فانّ هذه القاعده مخصّصه بصوره التّلف قبل القبض و مع الشّك فى بقاء الضّمان بعد القبض يستصحب الضّمان و لا يتمسّك بالقاعده لما افاده قدّس سرّه فى خيار الغبن و فى مسئله كونه على الفور او التّراخى من انّ المرجع هو استصحاب حكم الخاصّ لا عموم العامّ و لما افاده فى المقام من انّ الاستصحاب فى الحقيقه ليس مخالفا لتلك القاعده بل هو مخالف لاصاله عدم الانفساخ و حيث ثبت المخالفه قبل القبض باليقين من جهه قاعده الضّمان قبل القبض فالاصل بقائها بمعنى بقاء ضمان المشترى له الثّابت قبل القبض و هو حاكم عليها و قد يستشكل على استصحاب الضّمان تاره بانّه شكّ فى المقتضى و فيه ما لا يخفى لوضوح انّ بقاء الضّمان الثّابت اذا عدّ من الشّك فى المقتضى لم يبق للشكّ فى الرّافع مورد اصلا و هذا بالنّظر الى مختار المصنّف من عدم حجيّه الاستصحاب فى الشكّ فى المقتضى و على المختار من حجيّته مط فلا وجه للاشكال اصلا و اخرى بعدم بقاء الموضوع لانّه المال الغير المقبوض و فيه انّ المدار فى بقاء الموضوع على فهم اهل العرف و لا اشكال فى انّ الموضوع عندهم هو خصوص المال المنقول و ثالثه بانّه من الاستصحاب التّعليقى لانّ المستصحب هو ضمان المشترى على تقدير التّلف و فيه انّ المستصحب هو الضّمان و هو حكم شرعىّ الّا انّ معناه ثبوت العوض على تقدير التّلف فهو حكم تنجيزىّ و لو سلّم كونه تعليقيّا فلا اشكال فى جريان الاستصحاب فيه كجريانه فى التّنجيزى و كون الحكم منجّزا او معلّقا لا يوجب فرقا فى اجراء الاصل ضروره عدم فقدان الحكم المعلّق شيئا

ممّـا یکون المنجّز واجـدا له فی بـاب الاستصـحاب و مـا یتخیّـل من عـدم الوجود للحکم المعلّق دون المطلق فمردود بانّ المعلّق أیضا موجود بنحو التّعلیق و لا یعتبر فی الاستصـحاب ازید من الشکّ فی بقاء شـی ء کان علی یقین منه و اختلاف نحوی الثّبوت لاـ یکاد یوجب التّفاوت فیما یعتبر فی الاستصـحاب فانّ الحکم المعلّق أیضا مأخوذ من الشّارع و یناله یـد التصـرّف نفیا و اثباتا و قابـل للبقـاء بعـد الحـدوث و الارتفاع و متیقّن فی الزّمان السّابق و مشـکوک فی اللّاحق و ینطبق علیه تعریف الاستصـحاب و هو الحکم بالبقـاء من الشّارع فیما شکّ فی بقائه و ارتفاعه و کـذا الاخبار الـدالّه علی حجّیته فانّ الحکم المعلّق کان یقینیّ الثّبوت و لا ینبغی ان ینقض الیقین بالشکّ

لاـ یقـال انّ الاستصـحاب مبیّن لوظیفه الشـاکّ فی مقـام العمل و الحکم التّعلیقی عنـد عـدم تحقّق ما علّق علیه لیس بحکم فعلیّ عملیّ

لانّا نقول امّا القضیّه المتیقّنه فهی قد قام علیها الدّلیل الاجتهادی و لیس من شأنه بیان حکم العمل فعلا و امّا القضیّه المشـکوکه فالـدّلیل علیهـا و ان کـان هو الاستصـحاب و القاعـده المجعوله للشّـاک فی مقـام العمـل الّا انّ مقتضاه هو اثبات الحکم فی مقام العمل عنـد تحقّق المعلّق علیه و لو لم یکن العمل فعلیّا لانّه لا یعتبر فی اجراء الاستصـحاب ازید من ان یکون بلحاظ العمل و لذا یجوز للمفتی ان یکتب فتواه فی رسالته المعدّه لذلک و یکون دلیله الاستصحاب او سائر الاصول المقرّره للشّاک فی مقام العمل مع انّ المقلّـد المرسـل إلیه لاـ یعمل بـذلک الفتوی الّا بعـد مضـیّ سـنوات بل بعـد الممات بناء علی جواز البقاء و لو سـلّم کون استصـحاب الضّـمان و انفساخ العقد تعلیقیّا و سـلّم عدم جریان الاستصحاب التّعلیقی نقول انّه لا یصل النّوبه الی استصحاب عدم الانفساخ و ذلک لانّ لنا فی کلّ استصـحاب تعلیقی مستصحب تنجیزیّ یکفینا استصحابه عن استصحاب الموجود التّعلیقی و هو الملازمه بین تلف العین قبل القبض و ضـمانه علی من هو فی یـده ای انفساخ العقد و الملازمه امر موجود منجّز لانّ مرجعها الی الشّـرطیه الّتی تصـدق مع صدق الشّـرط و کذبه و اذا ثبت الملازمه فی الزّمان اللّاحق بالاستصـحاب و فرض صدق الملزوم و هو التّلف یلزمه الحکم بثبوت اللّـازم و هو الضّـمان فـان قلت استصـحاب الملاـزمه لاثبـات اللّـازم فی زمـان الشکّ مثبت لانّ اثبات صدق اللّازم باستصـحاب الملازمه مع صدق الملزوم عقلیّ لا شـرعیّ قلت هذا یتمّ اذا کان الملازمه عقلیّه و أمّا اذا کانت شرعیّه فصدق اللّازم عند صدق الملزوم شرعیّ فان قلت الملازمه الثّابته فی القضایا الشرعیّه التّعلیقیّه

قد يكون من المجعولات الشرعيّه بحيث يصدق على الموضوع انّه ذا حكم شرعىّ كما اذا قال ماء العنب ينجس اذا غلى بحيث يكون غرضه جعل هذا الحكم الشأنى لماء العنب و قد يكون من الامور الانتزاعيّه كما اذا قال ماء العنب الغالى نجس فقبل الغليان لا حكم لماء العنب لكن يصحّ عقلا ان يقال هذا الماء بحيث لو غلى يصير نجسا فهذه الملازمه ليست مجعوله شرعا و كذا اذا قال ان استطعت فحجّ كان الملازمه بين الاستطاعه و وجوب الحجّ حكما شرعيّا و ان استطاع و شكّ فى وجوب الحجّ عليه من جهه من الجهات يقول الاصل بقاء وجوبه على تقدير الاستطاعه و أمّا اذا قال المستطيع يحجّ لم يكن فى السّابق وجوب فعلىّ و لم يكن الملازمه الّا امر انتزاعيّا و مثله اذا قال يجب على البالغ كذا فقبل البلوغ لا حكم اصلا و فى المقام لو كان الصّادر عن الشّارع مفاده لو تلف ينفسخ كان الملازمه بين التّلف و الانفساخ حكما شرعيّا و اذا شكّ فى بقاء هذه الملازمه جاز الاستصحاب و أمّا اذا كان مفاده امرا معلّقا و كان المجعول هو الانفساخ الفعلى عند التّلف كانت الملازمه امرا انتزاعيّا و قبل التّلف لا حكم حتّى يستصحب و المرجع ح هو اصاله عدم الانفساخ و القدر المسلّم من كلام الشّارع فى التّلف قبل القبض هو الوجه الثّانى فالملازمه المذكوره المستصحبه من الانتزاعات العقليّه لا من الاحكام المجعوله الشرعيّه قلت بعد تسليم الفرق بين الكلامين المفروض صدور احدهما و الغضّ عمّا قدّمناه انّه لا اشكال فى ظهور ما دلّ على قاعده التّلف قبل القبض من النبوى المشهور كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و مجموع كلام ابى عبد اللّه (ع) فى روايه عقبه بن خالد فى الوجه الاوّل من الوجهين المذكورين و بالجمله فالظّاهر عدم الاشكال فى الرّجوع الى استصحاب حكم الخاصّ لا عموم العامّ و حكومته على استصحاب عدم الانفساخ

قوله و هذا ممّا لا يدلّ عليه الاخبار المتقدّمه فتأمّل)

لمّا افاد أوّلا عدم الفرق بين الثّمن و المثمن من حيث الفرق بين تلف الشّخصىّ و الفرد من الكلّى لانّ الظّاهر من الاخبار المتقدّمه كون التّلف من ملك البائع و هو الضّمان المعاوضىّ الثابت قبل القبض و هذا يتمّ فى الشّخصى لانّ الضّمان المعاوضىّ و كون التّلف من مال البائع يقتضى انفساخ العقد و رجوع المبيع الى ملك البائع حتّى يكون التّلف من ماله و امّا فى الكلّى فلا يقتضى كون التّالف من البائع الّا كون المقبوض كغير المقبوض و لا يلزمه انفساخ العقد اشار بالتأمّل ثانيا الى انّ الاخبار المتقدّمه ليس فيها إشاره

الی انفساخ العقد حتّی یقال بعدم جریانه فی الکلّی بل استفید ذلک من حیث انّ کون التّلف من مال البائع لازمه الانفساخ فی خصوص الشّخصی فیمکن ان یقال بثبوت التّلف من مال البائع بمقتضی اطلاق الاخبار و هذا فی الشخصی یلزمه انفساخ العقد و الضّمان المعاوضی و فی الکلّی عدم الانفساخ و الضّمان بلزوم اداء فرد اخر من الکلّی و بالجمله الامر بالتأمّل إشاره الی اطلاق الاخبار بکون التّلف من مال البائع و منع عدم دلالتها علی الحکم فی المبیع الکلّی و لو بغیر الضّمان المعاوضیّ و یتبعه الکلام فی الثّمن و یمکن ان یکون إشاره الی انّ المبیع و ان کان کلیّا الّا انّ بعد دفع الفرد یصیر الکلّی متشخّصا به و منطبقا علیه کانّه هو المبیع و العقد واقع علیه و حکم الشّارع بتلف المبیع من مال البائع یصدق علیه و لازمه انفساخ العقد لانّ بدفع الفرد فرغ ذمّه البائع فلا فرق بین الشخصیّ و الکلّی فتدبّر

قوله (بل هو ظاهر القاعده و هی انّ التّلف فی مدّه الخیار ممّن لا خیار له)

لیس الغرض ظهورها فی الانفساخ حتّی یستشکل فی ذلک بانّها شامله لما اذا کان الحکم علی وفق قاعده کون الضّمان من مال المالک کما لو تلف المبیع فی ید المشتری مع اختصاص الخیار بالبایع او تلف الثّمن فی ید البائع مع اختصاصه بالمشتری و فی هذین الموردین لا داعی الی الانفساخ بل الغرض ظهورها کما فی المتن فی انّ معنی تلفه منه تلفه مملوکا له و ان کان لازمه الانفساخ فیما کان الحکم علی خلاف تلک القاعده

قوله (و الحاصل انّ إراده ما ذکرنا من الضّمان ممّا لا ینبغی الرّیب فیها)

فان قیل وقع السّؤال فی صحیحه ابن سنان عن تلف الوصف أیضا حیث یقول السّائل فیموت العبد او الدابّه او یحدث فیه حدث علی من یکون ضمان ذلک و من المعلوم انّ الاوصاف لیست مضمونه بالضّمان المعاوضیّ لانّ الاوصاف لا تقابل بشی ء من الثّمن فالضّمان فی القاعده لا بدّ و ان تحمل علی ضمان المثل او القیمه لتعمّ تلف العین او الوصف قیل معنی الضّمان هو اندراج المال فی الذمّه و کون عهدته علی الضّامن و هذا معنی واحد یقتضی آثارا مختلفه حسب اختلاف المقامات و لیست تلک الآثار جزء من معناه و لیس حقیقه الضّمان کون درک المضمون و خسارته علیه فانّ کون الغرامه و الخساره علی الضّامن من لوازم معنی الضّمان و الخروج عن عهده المضمون به یختلف باختلاف المقامات أیضا فقد یقتضی العوض المسمّی و ذلک فیما تعهّد الضّامن ضمان المسمّی و أمضاه الشّارع و قد یقتضی العوض الواقعیّ و ذلک فیما لم یکن تسمیه کما فی الغصب او کانت و لم یمضها الشّارع کما فی المقبوض بالعقد الفاسد فلیس مقتضی الضّمان بقول مطلق لزوم تدارکه

بعوضه الواقعی او العوض المسمّی و فی الجمیع بمعنی واحد و فی المقام حیث انّ الظّاهر من قوله (ع) علی البائع حتّی ینقضی الشّرط ثلاثه ایّام و یصیر المبیع للمشتری بقاء الضّمان السّابق و انّ القبض کالعدم فانّ معنی کلامه (ع) و اللّه اعلم انّ القبض لیس غایه للضّمان بل الغایه انقضاء شرطه و کون المبیع مستقرّا علیه و کان الضّمان السّابق بالمسمّی و أمضاه الشّارع فلا وجه للحمل علی الضّمان الواقعی و حیث کان الضّمان فی جمیع الموارد بمعنی واحد و هو العهده کان المعنی انّ عهده الوصف و الموصوف علی من لا خیار له و تلف الموصوف یقتضی الانفساخ و تلف الوصف یقتضی بقاء خیار تخلّفه دون الغرامه لا بالضّمان الواقعی و لا بالمعاوضی و بالجمله لیس معنی ضمان الوصف هو الغرامه حتّی یکون مقتضاه ما توهّم و لیس نفس الضّمان فی العین و الوصف بمعنیین

قوله فی الفرع السّادس من فروع خیار الشّرط)

لا یخفی انّ قوله و بعده لا یبطل الخیار و ان کان التّلف من البائع کما اذا اختصّ الخیار بالمشتری یدلّ علی عدم الانفساخ فانّه جمع بین بقاء الخیار و کون التّلف من البائع اذا اختصّ الخیار بالمشتری و من الواضح انّ بقاء الخیار لا یجتمع مع انفساخ العقد

قوله (فلو فسخ البائع رجع بالبدل)

تفریع علی ما ذکره من انّ التّلف بعد القبض لا یبطل الخیار و لیس ناظرا الی ما بعده من صوره التّلف من البائع

قوله (و العباره محتاجه الی التأمّل من وجوه)

الاوّل التأمّل فی مبناه فانّ قوله و بعده لا یبطل الخیار ظاهر فی الضّمان الواقعی دون المعاوضی الثّانی انّ فی قوله فلو فسخ البائع رجع بالبدل فی صوره عدم ضمانه تقیید لرجوع البائع بالبدل عند فسخه بصوره عدم ضمانه و من الواضح انّ مع کون الخیار للبائع و فسخه لا یتصوّر ضمانه حتّی یکون للتّقیید بعدم ضمانه محلّ فانّ ضمانه لا یکون الّا اذا اختصّ الخیار بالمشتری و رجوع البائع الی المشتری بالبدل لا یکون الّا اذا کان الخیار مختصّا بالبایع و ذلک لانّه اذا کان الخیار مختصّا بالمشتری فهو یرجع الی البائع و یکون البائع ضامنا و اذا کان مشترکا فضمان کلّ منهما لا یمنع عن رجوع کلّ الی الاخر فعند تلف المبیع عند المشتری و الثّمن عند البائع و وقوع الفسخ منهما یرجع البائع الی المشتری ببدل المبیع و المشتری الی البائع ببدل الثّمن و بالجمله لا یختصّ رجوع البائع الی المشتری بالبدل بصوره عدم ضمانه و لا یکون البائع ضامنا فی الخیار المختصّ به حتّی یصحّ التّقیید بعدم ضمانه هذا و لکن یمکن تصویر الضّمان مع کون الخیار له فیما اذا کان هو السّبب للتّلف فعلی القول بعدم سقوط الخیار بالاتلاف صحّ

التّقييـد و يكون مقصوده انّه لو فسخ البائع رجع ببدل المبيع الى المشترى الّا اذا كان البائع هو المتلف فلا رجوع له و اذا فسخ فلا شى ء عليه غير ردّ الثّمن الثّالث انّ فى قوله و لو فسخ المشترى رجع بالثّمن الخ حكم بغرامه البدل فى صوره ضـمان المشترى مع انّ فى خيـار المشترى يكون الضّـمان على البائع لقاعـده كون التّلف ممّن لا خيار له و لكن يمكن ان يكون الشّـهيد قـدّس سـرّه نـاظرا الى مـا اذا كـان المشترى هو المتلف كمـا فى الصّوره السّـابقه و الى ما اذا كان الخيار مشتركا لانّه لا ضـمان ح على البائع لاختصاص القاعـده بالخيار المختصّ الرّابع انّ قوله و لو اوجبه المشترى فى صوره التّلف الخ موهم لجواز الايجاب الّا انّه لا يؤثّر فى تضمين البائع مع انّه اذا كان الايجاب بعد التّلف فلا محلّ له لانّه صرّح ببطلان العقد لو تلف المبيع قبل قبضه فلم يكن ايجابه قابلاـ لاـن يؤثّر حتّى يقـال بـانّه لم يؤثّر و اذا كان الايجاب قبل التّلف كان اثره سـقوط الخيار و لزوم العقـد لا غيره و لا فرق فى الحكم بانّ التّلف قبل القبض من مال بايعه و يوجب بطلان البيع بين ان يكون العقد لازما او خياريّا و سقوط الخيار قبل التّلف لا يوجب بقاء العقـد عند التّلف حتّى يمكن تاثيره فى تضـمين البائع فلا وجه لجواز تأثير الايجاب فى تضـمين البائع مط حتّى يقال بانّه لم يؤثّر فى تضـمين البائع و يمكن تصحيحه بانّ عدم تاثير الايجاب فى تضمين البائع يمكن ان يكون من جهه انّه لا محلّ له و يمكن ان يكون من جهه اخرى و الظّـاهر انّ كلاـمه نـاظر الى الجهه الاـولى و عـدم الأـثر لايجـابه رأسا لحصول الانفساخ عند التّلف الخـامس انّ النّظر و التّرديـد فى قوله و فى انسـحابه فيمـا لو تلف بيـده فى خيـاره نظر مناف لما حكم به فى السّابق من انّ تلف المبيع بعـد قبضه لاـ يبطـل الخيـار فـانّ لازمه انّ مع ثبوت الخيار و عـدم بطلان البيع لو اوجبه يجوز له تضـمين البائع و اخذ المثل او القيمه منه سواء كان الضّـمير فى انسجابه راجعا الى عدم التّأثير كما هو الظّاهر منه او الى التّأثير لوضوح انّ التّرديد ينافى الجزم و لكن يمكن دفع المنافاه بانّ ما جزم به أوّلا من عـدم بطلان البيع و الخيار يلزمه تضـمين البائع عنـد ايجاب البيع على غير الوجه الثّالث من الوجوه الآتيه و امّا عليه فلا يلزمه ذلك و يمكن ان يكون الشّـهيد متردّدا بين الوجه الثّالث و الرّابع و انّ الضّمان الواقعى بالمثـل او القيمه عنـد التّلف هـل هو ثابت مط او مقيّـد بصوره الفسـخ فمع ايجاب المشترى فى زمان خياره و تلفه عنـده كان فى تضمين البائع وجهان

قوله (و ربما يحتمل انّ معنى قولهم انّ التّلف

ممّن لا خيار له)

يحصل من هـذه العباره وجوه ثلاثه يجمعها انّ معنى قولهم انّ التّلف ممّن لا خيار له انّ عليه ذلك اذا فسخ صاحبه لا انّه ينفسـخ كمـا فى التّلف قبـل القبض الاـوّل انّ على من لاـ خيار له ردّ الثّمن اذا فسـخ صاحبه و اذا لم يفسـخ يتخيّر بين الرّجوع على البائع بالمثـل او القيمه و الرّجوع بالثّمن الثّانى ردّ الثّمن اذا فسـخ صاحبه و كـذلك اذا لم يفسـخ فيرجع بالثّمن و هـذا الوجه يتّحـد فى صورتى الفسـخ و عـدمه مع القول بالانفساخ الثّالث ردّ الثّمن اذا فسـخ صاحبه و اذا لم يفسخ فلا يرجع بشـى ء و هنا وجه رابع و هو ردّ الثّمن اذا فسـخ صاحبه و اذا لم يفسـخ رجع على البائع بالمثل او القيمه و الفرق بين هذا الوجه و القول بالانفساخ الّذى هو مختار المصـنّف ره انّما هو فى صوره عدم الفسخ فانّ على هذا الوجه يرجع على البائع بالضّمان الواقعى المعبّر عنه بضمان اليد و على الانفسـاخ يرجع بـالثّمن و امّـا فى صوره الفسـخ فلاـ فرق بينهمـا فى الرّجوع بالثّمن و يرد على الجميع ما افاده المصـنّف من ظهور الاـدلّه فى الانفسـاخ و هـل يمكن حمـل قوله (ع) فهو من مـال البائع على غير الانفساخ و انّ التّالف حال تلفه بنفسه يكون من مال البائع و على غير الثّالث انّه اذا كان التّلف ممّن لا خيار له مقيّدا بصوره فسخ صاحبه فلا دليل على الرّجوع إليه بشى ء فى صوره عدم الفسخ و على الاوّل انّ مع عدم الفسخ لا وجه للتّخيير بل لا معنى له لانّ الضّـمان المعاوضىّ و الرّجوع بالثّمن انّما هو بالانفساخ او الفسخ و مع عدمه كيف يعقل ذلك

قوله ثمّ الظّاهر انّ حكم تلف البعض حكم تلف الكلّ)

اعلم انّ الابعـاض يقسّـط عليهـا الثّمن فتلف البعض يوجب انفسـاخ البيع بنسـبته و امّـا الاوصـاف فلا يقسّط عليها الثّمن و تلفها لا يوجب انفساخ البيع و معنى ضمانها انّ فى تلفها فى زمان الخيار يثبت خيار تخلّف الوصف و لو بعد انقضاء مدّه خيار الحيوان او الشّرط و له اعمال الخيار بالنّسبه الى فقد الوصف و الخيار فى تخلّف وصف الصحّه و تلفه هو التّخيير بين الردّ و الارش فراجع

قوله (و منها حكم الشّارع عليه بالاتلاف)

كمـا اذا ارتـدّ العبـد المشترى و وجب قتله و كحـدوث بعض العيوب الموجب للعتق كالاقعـاد ثمّ انّه لا بأس فى المقام من التّنبيه على انّ الخيـار امّا ان يكون للبائع او للمشترى او لهما او للاجنبىّ منفردا اوله منضـمّا إليهما او الى احـدهما و على اىّ حال امّا ان يكون التّلف قبل القبض او بعده فان كان قبل القبض كان من ضـمان البائع مطلقا فى جميع تلك الصّور لانّه من تلف المبيع قبل قبضه و هو مضمون على البائع مط حتّى لو كان له خيار مختصّ به فانّه لا يكون من

ضمان المشترى الّذى لا خيار له لما مرّ من اختصاص قاعده تلف المبيع فى مدّه الخيار بما اذا كان بعد القبض و ان كان التّلف بعد القبض فمن ضمان المشترى فى جميع الصّور الّا اذا كان الخيار خاصّا بالمشترى فانّه المتيقّن خروجه بما دلّ على هذه القاعده عن القاعده الاوليّه الّتى تقتضى كون التّالف من المالك اذا كان مقبوضا و يخرج عن القاعده الاوليّه أيضا اذا كان الخيار للاجنبىّ و كان بجعل من المشترى توكيلا منه منفردا كان او منضمّا الى نفسه لا تحكيما كما مرّ الاشاره إليه فى صدر البحث

قوله (و أمّا اذا كان باتلاف ذى الخيار)

لا يخفى انّ مورد القاعده هو التّلف بآفه سماويّه كما هو الظّاهر من قوله (ع) فهلك فى يد المشترى ففى الاتلاف لا يكون الضّمان على من لا خيار له نعم لو كان الاتلاف من الاجنبىّ ممّا يعدّ تلفا عرفا كما لو سرق المبيع اجنبىّ فيحتمل دخوله فى القاعده و شمول الاخبار له ثمّ انّه اذا كان الاتلاف من ذى الخيار سقط به خياره لما مرّ من سقوط الخيار بالتصرّف

قوله (و ان كان باتلاف اجنبىّ تخيّر أيضا بين الامضاء و الفسخ)

فاذا مضى رجع على المتلف بالمثل او القيمه و اذا فسخ رجع بالثّمن و لوضوحه تركه نعم ذكر انّ بعد الفسخ و الرّجوع بالثّمن على المفسوخ عليه هل يرجع المفسوخ عليه ح بالمثل او القيمه الى المتلف او الى صاحبه و هو الفاسخ او يتخيّر وجوه و هذه الوجوه جاريه فى كلّ مقام يكون الخيار باقيا و قد تلف احد العوضين او كلاهما باتلاف من الاجنبىّ

قوله (قبل تلفها فى ملك الفاسخ)

الظّاهر انّ هذا من غلط النّاسخ او سهو القلم و الصّحيح لفظ المفسوخ عليه و كذا لفظ الفاسخ فى الجمله التّاليه و كذا فى قوله اخيرا بالقيمه فى ملك الفاسخ كما انّ لفظ المفسوخ عليه فى بيان الوجه الثّالث غلط و صحيحه الفاسخ فلا تغفل

[مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكره، فقال: لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثمن فى زمان الخيار]

قوله (و لا يجبر الاخر على تسليم ما عنده)

لو تبرّع ذو الخيار فلا وجه لمنع الاخر عن التّسليم الّا ان يكون المستند منع شمول دليل السّلطنه للملك المتزلزل

قوله (ثمّ انّه ان اريد عدم وجوب التّسليم الخ)

لا اشكال فى انّ من لوازم صحّه العقد من دون اشتراطها بحصول القبض كما فى باب الهبه و الوقف و نحوهما حصول تملّك كلّ من العوضين بنفس العقد و وجوب تسليم كلّ من المتبايعين ما هو مال الاخر الّا انّ الكلام فى انّ العقد اذا كان خياريّا لا يجب تسليم العين فى مدّه الخيار و ما يمكن ان يستدلّ به امور الاوّل ما اشرنا إليه من انّ دليل السّلطنه شموله للملك المتزلزل و المال الغير اللّازم نقله غير معلوم و مدّعى انصرافه عن ذلك غير مجازف الثّانى انّ العقد اذا

کـان خیاریّا فلا یجب علی ذی الخیار الوفاء باصل العقـد فکیف بلوازمه الّتی منها وجوب التّسـلیم و ان جاز ح لصاحبه حبس ما انتقل عنه لانّ التزامه بالتّسـلیم کان منوطا بتسـلیم صاحبه لا مط الثّالث انّ حصول التملّک لا یسـتلزم اسـتحقاق المطالبه و السّلطنه علیها فانّ الملکیّه فی نفسـها و ان اقتضت السّـلطنه علی المطالبه بمقتضـی قوله (ص) النّاس مسـلّطون علی اموالهم الّا انّه قـد یمنع المانع عن هذا الاقتضاء کتعلّق حقّ من الغیر بالملک فالحبس لحقّ لیس منافیا لثبوت اصل الملکیّه و السّلطنه الفعلیّه علی المطالبه اینمـا وجـدت یتوقّف علی عـدم تعلّق حقّ بالملـک مـانع عن المطـالبه و من لاـ خیار له لو انتقل المال إلیه علی نحو کان لمالکه الاوّل التسـلّط علی عـدم التّسـلیم لم یثبت له السّـلطنه الفعلیّه فالحقّ الثّابت لذی الخیار وارد علی الملک لانّ له حقّا فی العین بما هی ملـک الغیر سواء کـان الخیار متعلّقا بالعقـد او بالعین و مع ذلک کلّه المسأله فی غایه الاشـکال الّا ان یراد من کلام التّـذکره المعنی الاوّل

[مسأله قال فی القواعد: لا یسقط الخیار بتلف العین]

قوله (قال فی القواعد لا یسقط الخیار بتلف العین)

لا یخفی انّ هـذه القاعـده انّما هی فی الخیار الشّـرعی و امّا الخیار الجعلی فهو تابع لکیفیّه جعل المتعاقـدین فقد یکون المجعول عنوان الخیار و قـد یکون عنوان الردّ و قـد یقیّـد الخیار ببقاء العین و قـد یجعل مطلقا غیر مقیّـد ببقائها و أیضا انّما هی فی صوره بقاء العقـد و لا معنی لبقاء الخیار فیما کان التّلف موجبا لانفساخ العقد و لا خلاف أیضا من حیث قیام الادلّه فی بعض الخیارات فی بقائه مع التّلف و فی بعضـها الأخر بعـدمه و اختصاص الخیار بصوره بقاء العین و تردّدوا فی بعضـها الأخر و لا بـدّ من تحقیق المسأله بحسب القواعد و توضـیحها فی هذا المقام فنقول بتوفیق اللّه الملک العلّام المدرک امّا ان یکون لفظیّا او غیر ذلک کان یکون مناطا عقلیّا او اجماعا فان کان المـدرک دلیلا لفظیّا فامّا ان یکون العنوان المأخوذ فی لسان الـدّلیل لفظ الخیار کقوله (ع) البیّعـان بالخیار و قوله (ع) صاحب الحیوان المشتری بالخیار و امّا ان یکون لفظ الردّ و الاسترداد کما فی الاخبار الوارده فی خیار العیب فـان کـان علی الوجه الاـوّل فـان کـان مخصوصـا بصوره بقـاء العین فلا اشـکال و ان کان علی وجه الاطلاق فالاظهر بقاء الخیار بعـد التّلف لانّه عباره عن ملک فسـخ العقـد و معلوم انّ العقد بعد التّلف قابل للفسخ و ما ذکره المصـنّف ره اخیرا من انّ إراده ملـک الفسـخ من الخیـار غیر متعیّنه فی کلمـات الشّـارع و هو اسـتعمال غـالب فی کلمـات بعض المتـأخّرین غیر ضائر فانّ الظّاهر انّه مأخوذ من الادلّه

الشرعيّه و انّهم استفادوا ذلک من الاخبار و کلمات القدماء لوضوح انّ مقصودهم من ذلک بيان ما هو الموضوع الشّرعی للاحکام المذکوره فی باب الخيار هذا مضافا الی انّ قوله (ع) لو افترقا وجب البيع و قوله (ع) فاذا مضت ثلاثه ايّام فقد وجب الشّراء و قوله (ع) و الّا ای لو لم يأت بالثّمن فلا بيع بينهما قرينه علی انّ المراد من الخيار عدم وجوب البيع و السّلطنه علی فسخه و انّه فی مقابل اللّزوم العقدی فاحتمال إراده معنی اخر من لفظ الخيار الوارد فی الادلّه يوجب اختصاصه بصوره بقاء العين و سقوطه بالتّلف فی غايه الضّعف و بالجمله ما کان بلفظ الخيار فهو فی مقابل لزوم العقد و لا يختصّ بصوره بقاء العين سواء حصل بسبب تخلّف الشّرط الضّمنی أم کان بجعل مالکی من دون تقييد ببقاء العين او تصريح بالإطلاق أم کان ثابتا بجعل شرعیّ اللّهم الّا ان يعلم فی الاخير من الخارج انّ شرع الخيار لدفع ضرر الصّبر علی نفس العين فينتفی هذا الضّرر بتلف العين کما فی العيب فانّ تخيّره بين الردّ و الارش لانّ الصّبر علی المعيب ضرر و لو مع اخذ الارش فتدارکه الشّارع بملک الفسخ و الردّ فاذا تلف انتفی حمکه الخيار الّا انّه لا يخلو عن اشکال اشار إليه المصنّف ره و هو انّ الحکمه لا يجب اطّرادها و مع اطلاق الدّليل الدالّ علی ثبوت الخيار و فرض ظهور هذا اللّفظ فی ملک فسخ العقد لا بدّ من الحکم ببقاء الخيار بعد تلف العين و سقوطه فی خيار العيب بتلف المعيب انّما هو لقيام الدّليل الخاصّ لا من حيث العلم بالحکمه المذکوره و ان کان علی الوجه الثّانی فالظّاهر انّه مشروط ببقاء العين و لا يبقی مع التّلف و ان کان المدرک دليلا عقليّا فکذلک قد يکون مخصوصا بحال بقاء العين و ذلک کما فی خيار العيب بناء علی کون المستند لجواز الفسخ فيه قاعده الضّرر لا الاخبار الخاصّه و قد يعمّ الحالتين و ذلک کما فی خيار الغبن بناء علی کون المستند فی ذلک قاعده الضّرر و الفرق بين الخيارين مع فرض کون المدرک فيهما قاعده نفی الضّرر هو ذهاب الاصحاب الی عدم الارش فی خيار الغبن و کذا لو کان المدرک دليلا لبيّا کالاجماع فانّه أيضا يتّبع فی ثبوته لحال التّلف و عدمه معقد الاجماع و علی ایّ حال فان کان بلفظ الردّ و الاسترداد فهو مقصور علی صوره بقاء العين و يسقط جواز الردّ مع تلفها لانّ الاسترداد لا يعقل الّا مع البقاء ما ذکره بعض الاعلام من انّ استرداد العين قد يکون بمعنی مطالبتها مع خصوصيّاتها الشخصيّه و هذا لا يعقل الّا مع البقاء و قد يکون لا بملاحظتها و ح فلا مانع من تعلّق الاسترداد بالعين

التّألفه مندفع بأنّ الكلام فى ما هو الظّاهر من معنى الردّ و الاسترداد لا فى امكان إراده معنى غير ما هو الظّاهر منهما مجازا و لا يقاس المقام بمعنى الضّمان المستفاد من حديث على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى حيث قدّمنا فى محلّه انّ معناه على عهده اليد ما اخذت و يشمل بعمومه صوره بقاء العين و تلفها فانّ العهده صادقه على تلف العين و ان كان بلفظ الخيار ففى صوره الاطلاق و عدم اختصاص الدّليل من نصّ او عقل او اجماع على صوره بقاء العين فالظّاهر بقاء الخيار بعد التّلف و الفرق بين عنوان الخيار و جواز الردّ فى غايه الوضوح فانّ الخيار من الحقوق و يكون قابلا للاسقاط و النّقل و التّوريث و جواز الردّ من الاحكام و لا يترتّب عليه تلك الآثار و لو فرضنا الشّك بان كان النصّ المثبت للخيار مجملا او كان المتيقّن من الاجماع مثلا صوره بقاء العين فالاستصحاب يقتضى بقائه و ليس من الشّك فى المقتضى كما توهّمه بعض السّاده الاعاظم فى حاشيته لظهور انّ التّلف امر حادث و لو لاه لكان الخيار باقيا و لا رافع له فان كان العنوان المعلوم فى الزّمان السّابق هو الخيار و شككنا فى تقييده جرى الاستصحاب و ان كان هو الردّ لم يجر لانّه لا يعقل مع التّلف أوّلا و على فرض الشّك فالموضوع متبدّل ثانيا لوضوح انّ ردّ العين بمعنى ردّ بدلها المفروض وقوع الشّك فيه غير ردّ العين بخصوصيّتها الشّخصيه المعلوم سابقا و كذا لم يجر لو شككنا فى كون العنوان هو الخيار او الردّ و ظهر ممّا ذكرنا صحّه ما قاله فى القواعد و لا يسقط الخيار بتلف العين فانّ مصبّ القاعده فى غير ما كان الدّليل مثبتا للخيار فى خصوص صوره بقاء العين

قوله (لوجود المقتضى و عدم المانع)

امّا وجود المقتضى لثبوت الخيار للمشترى فهو وجود السّبب ابتداء و استدامه امّا لانّ البيع مرابحه مع كذب البائع يرجع الى تخلّف الشّرط الضمنىّ حيث انّ بيعه برأس المال يتضمّن اشتراط صدقه فى اخباره و امّا للاجماع القائم على ثبوت الخيار فى المسأله مع ظهور كذب البائع فان قلت انّ المتيقّن من الاجماع هو صوره عدم التّلف قلت يتمّ المقتضى بالاستصحاب و امّا عدم المانع فظاهر لانّ مجرّد التّلف غير صالح للمانعيّه سيّما اذا انضمّ إليه اصاله عدم المانعيّه

قوله على وجه ارادتهما التسلّط على مجرّد الردّ)

قد علمت انّ القاعده انّما هو فى الخيار الشّرعى و امّا الخيار الجعلى فهو تابع لكيفيّه جعل المتعاقدين فاذا كان اطلاق جعل المتعاقدين مقيّدا على وجه التّصريح به فى الكلام او استظهر من

الکلام عدم تعلّق غرضها الّا بالردّ او الاسترداد فلا محیص عن الاختصاص بصوره البقاء

قوله و من هنا یمکن القول بعدم بقاء الخیار)

قد علمت فیما تقدّم انّه لو کان الخیار المجعول مقیّدا بصوره بقاء المبیع یسقط خیار المشتری فی صوره التّلف و لکنّ الغالب فی الخیار المشروط بردّ الثّمن فی البیع الخیاری عدم التّقیید فلا یسقط مع التّلف

قوله اذ لم یدلّ ادلّه الخیار من الاخبار و الاجماع)

غرضه انّ لفظ الخیار الوارد فی الادلّه کما یحتمل ان یکون بمعنی السّلطنه علی فسخ العقد یحتمل أیضا ان یکون بمعنی یتوقّف علی بقاء العین کالسّلطنه علی الردّ او الاسترداد و قد عرفت دفعه

[مسأله لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونهٌ]

قوله (لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونه)

لا بدّ من بیان امور الاوّل صرّح الاصحاب بانّ الفسخ بالخیار لا یتوقّف صحّته و ایجابه بطلان البیع علی حضور الخصم بل عن المبسوط نفی الخلاف فیه و کذا لا یتوقّف علی الحضور عند الحاکم و لا علی الاشهاد و هذا کلّه لاصاله البراءه من اشتراط شی ء فی اعمال ما هو حقّ له و توهّم انّه لو لم یکن الفسخ او الامضاء بحضور الخصم او الاشهاد لم یسمع دعواه فیکون فعله لغوا مندفع بانّ اعتبار ذلک فی سماع دعواه فی صوره الاختلاف حقّ لا محیص عنه الّا انّ الکلام فی نفس الفسخ او الامضاء بحسب الواقع و انّه لا یشترط ذلک فی اصله و یظهر الثّمره فی انّه لو امضی من دون اشهاد او فسخ کذلک لم یکن له نقض ذلک و قد یدّعی صراحه الصّحیح الّذی رواه الصّدوق باسناده عن حمّاد عن الحلبی عن ابی عبد اللّه (ع) و الخبر الّذی رواه الشّیخ باسناده عن زید الشّحام عنه (ع) فی عدم توقّف الامضاء علی حضور الخصم و لفظ الحدیث هکذا سئل عن الرّجل یبتاع الثّوب من السّوق لاهله و یأخذه بشرط فیعطی الرّبح فی اهله قال ان رغب فی الرّبح فلیوجب الثّمن علی نفسه و لا یجعل فی نفسه ان یردّ الثّوب علی صاحبه ان ردّ علیه و ما رواه الکلینی عن السّکونی عن ابی عبد اللّه (ع) انّ امیر المؤمنین (ع) قضی فی رجل اشتری ثوبا بشرط الی نصف النّهار فعرض له ربح فاراد بیعه قال لیشهد انّه قد رضیه فاستوجبه ثمّ لیبعه ان شاء فان اقامه فی السّوق و لم یبع فقد وجب علیه فالامر فیه للارشاد الی ایجاد ما هو السّبب لعدم النّزاع بعد ذلک الثّانی اذا لم یکن الفسخ بحضور صاحبه وجب ردّ ما فی یده الی صاحبه مع علم الاخر و مطالبته و مع عدم علمه وجب الاعلام او الردّ و لو عصی فی الصّورتین فلا اشکال فی الضّمان و لو علم او کان الفسخ بحضوره و لکن مع عدم مطالبته فلو ابقی ما فی ید

الفاسخ عنده امانه فلا اشكال فى كونه امانه مالكيّه كسائر الامانات لا يضمنها الّا بتعدّ او تفريط و الّا اى مع العلم و عدم المطالبه و الابقاء امانه فهو محلّ البحث و الظّاهر ثبوت الضّمان لوجهين الاوّل عموم على اليد ما اخذت بناء على شموله لكلّ يد و لو من غير عدوان الثّانى الادلّه العامّه المثبته للضّمانات فى كلّ مقبوض الّا ما استثنى من الامانات و غيرها و منها ما دلّ من الكتاب و السنّه و اجماع المسلمين على احترام مال المسلم و انّه لا يحلّ الّا عن طيب نفسه و انّ حرمه ماله كحرمه دمه و انّه لا يصحّ ذهاب حقّ احد و عدم الضّمان بعد الفسخ مناف للاحترام المجعول شرعا فى مال المسلم بعد ان كان التّقابض بين المتبايعين على تبديل مال بمال فانّ غايه ما اوجب الفسخ عدم سلامه المسمّى لهما لا سقوط احترام مال المفسوخ عليه نعم اذا كان القبض مجّانا بان كان تمليك المفسوخ عليه لماله مجّانا او تسليطا على الانتفاع به لم يكن دليل الاحترام منافيا لعدم الضّمان ثمّ انّه قد تقدّم فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده انّه تمسّك للضّمان فى لك باقدام الاخذ على الضّمان تبعا للشّيخ فى ط حيث علّل الضّمان فى موارد كثيره بالاقدام و بدخوله على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمّى فاذا لم يسلم له المسمّى رجع الى المثل او القيمه و ناقش فيه الماتن شيخنا المرتضى ره ثمّ قال و لا يبعد ان يكون مراد الشّيخ و من تبعه من الاستدلال على الضّمان بالاقدام و الدّخول عليه بيان انّ العين و المنفعه الّذين تسلّمهما الشّخص لم يتسلّمهما مجّانا حتّى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض فليس دليل الاقدام دليلا مستقلّا بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد فى الاموال و احترام الاعمال و على هذا صحّ التمسّك فى المقام أيضا بدليل الاقدام المأخوذ من قاعده الاحترام و سلطنه النّاس على اموالهم فانّ الفاسخ قد اقدم على قبض مال الغير على ان يكون مضمونا عليه و كذلك المفسوخ عليه و عموم على اليد ما اخذت و حرمه مال المسلم كحرمه دمه يقتضى الضّمان فى جميع ما يدخل تحت اليد و الاقدام على المجانيّه يكون مانعا عن ذلك فتسلّم العين او المنفعه ان كان مجّانا و تبرّعا فلا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض فانّهما اقدما على العقد بدون الضّمان و ان كان على وجه العوضيّه يقتضى احترامهما بتداركهما بالعوض فانّهما اقدما على العقد كذلك فيضمن و فى المقام قد قبض الفاسخ العين مضمونه عليه و لم يسلّمها ناقلها إليه الّا فى مقابل العوض و اذا بطل ضمان الفاسخ بالثّمن المسمّى تعيّن ضمانه بالعوض الواقعى اعنى المثل او القيمه لانّ العين كانت مضمونه

لعموم على اليد ما اخذت و للاحترام و الاقدام و غيرهما من العموم المستفاد من ادلّه الضّمانات بناء على اختصاص النّبوى باليد العدوانى و لم يتجدّد بعد الفسخ ما يدلّ على رضا مالكه حتّى يكون رافعا للضّمان و هذا هو المراد من الاصل فى المتن حيث يقول و الاصل بقائه اذ ليس الغرض منه الّا الظّاهر و القاعده لعدم حدوث ما يقتضى كون المفسوخ امانه فان قلت انّ التمسّك بدليل اليد لعلّه فى غير محلّه لعدم الاشكال فى اعتبار كون المأخوذ مالا للغير فى الضّمان المستفاد منه و اخذ الفاسخ للمال بعد تحقّق البيع لم يكن موصوفا بكونه مال الغير و تحقّق هذا العنوان بالفسخ لم يكن مقرونا بالاخذ لانّه لم يتجدّد ح اخذ و استيلاء باليد فكيف يشمله دليلها قلت لا يعتبر فى الضّمان ان يكون المال حين الاخذ مال الغير و لذا تمسّكنا فى المقام بدليل الاحترام على الضّمان و استفاده الضّمان من على اليد ما اخذت أيضا كذلك فانّه لم يؤخذ فى الحديث مال الغير عنوانا للمأخوذ بل اعتبار ذلك فى على اليد فى موضوع الحكم بوجوب الاداء انّما هو بالقرينه العقليّه و هذا القيد موجود حين الحكم بوجوب الاداء و هو زمان بعد الفسخ و ان لم يكن حين الاخذ كذلك فان قلت لا داعى فى اثبات الضّمان بعد الفسخ الى التمسّك بدليل اليد و الاحترام لاثباته قبله و الحكم ببقائه من جهه عدم حدوث ما يقتضى كون العين امانه كما افاده المصنّف لصحّه التمسّک بهما بعد الفسخ فى اثبات الضّمان من دون حاجه الى اثباته قبله قلت نعم لا اشكال فى ذلك و يصحّ التمسّک بادلّه الضّمان فى الزّمان اللّاحق من دون نظر الى ثبوته فى السّابق و ذلك كما لو لم يثبت الضّمان حين الاخذ من حيث كون اليد امانيّا ثمّ عرض الضّمان برفع عنوان الامانه و اباء من كان المال امانه عنده عن ردّ المال و مثله لو اخذ المتّهب المال بعنوان الهبه الغير المعوّضه ففسخ الواهب فانّ المال مضمون بعد الفسخ و ان لم يكن مضمونا قبله و يتمسّک لذلك فى المثالين و نحوهما الى اليد و دليل الاحترام الّا انّ الشّأن فى المقام بيان الواقع و من الواضح ثبوت الضّمان قبل الفسخ بالتّقرير المتقدّم فلا يقاس المقام بالمثالين فان قلت انّ الضّمان بعد الفسخ هو الضّمان بالعوض الواقعى اعنى المثل او القيمه و قبل الفسخ هو الضّمان المعاوضى اعنى المسمّى و كيف يمكن ان يق ببقاء ذلك و هو مرتفع قطعا قلت قد ذكرنا مرارا انّ معنى الضّمان المستفاد من الادلّه هو كون عهده المال فى ذمّه الضّامن و هذا معنى واحد يقتضى آثارا مختلفه حسب اختلاف المقامات و ليست تلك الآثار جزء من معناه و الخروج

عن عهده المضمون به قد يقتضى العوض المسمّى و قد يقتضى العوض الواقعى و فى الجميع بمعنى واحد و لهذا لو نوقش فى التمسّك بالاصل اللّفظى من عموم اليد و ادلّه الضّمانات لاثبات الضّمان فى المقام بعد الفسخ و شكّ فيه جاز التمسّك بالاصل العملى و يق انّ العين كانت مضمونه قبل الفسخ و الاصل بقائه و الفرق بينهما بثبوت الضّمان بالعوض المسمّى قبل الفسخ و بالمثل او القيمه بعده غير ضائر فانّ الخصوصيّتين انّما هما من لواحق الضّمان لا نفسه فتدبّر ثمّ انّ قول المصنّف و لكنّ المسأله لا يخلو عن اشكال بعد حكمه بالضّمان لما ذكرنا فالظّاهر انّه من جهه المناقشه فى عموم على اليد للعاديه و غيرها و قد سبق فى المقبوض بالعقد الفاسد بيان العموم الثّالث انّ يد المفسوخ عليه على العين أيضا يكون بالضّمان و لا وجه للفرق بين يد الفاسخ و المفسوخ عليه فانّ محلّ الكلام فيهما هو صوره عدم كون اليد عاديه و عدم حصول الاذن و الاستيمان لانّ مجرّد ابقاء الفاسخ ما له عند المفسوخ عليه و عدم اخذه منه لا يكون وكاله فى الحفظ و استيمانا و لا مشعرا بالرّضا ثمّ لا يخفى انّه لا ينافى ضمانهما بعد الفسخ لمال الاخر مع القول بجواز الحبس لكلّ منهما حتّى يسلّم الاخر ماله و ذلک لانّ كلّا من وجوب التّسليم و الضّمان ممّا يقتضيه العقد و لا تنافى بينهما

قوله (كما فى القبض بالسّوم)

و هو المال الّذى اخذه القابض ليشتريه و سام البائع السّلعه من باب قال عرضها للبيع و فى المسأله قولان و المشهور كما عن لک و الرّوضه و الايضاح و مجمع البرهان انّه مضمون على القابض

[القول فى النّقد و النّسيه]

اشاره

قوله (القول فى النّقد و النّسيه

امّا الاوّل ففى مصباح المنير نقدت الدّرهم نقدا من باب قتل و الفاعل ناقد و الجمع نقّاد مثل كافر و كفّار و انتقدت كذلک اذا نظرتها لتعرف جيّدها و زيّفها و نقدت الرّجل الدّراهم بمعنى اعطيته فيتعدّى الى مفعولين و نقدتها له على الزّياده أيضا فانتقدها الى قبضها انتهى و امّا الثّانى فمأخوذه من النّسى ء بمعنى التّأخير و عن الصحّاح نسأت الشّى ء نساء اى اخّرته و كذلک انسأته فعلت و افعلت بمعنى تقول استنسأته فانسأنى الى ان قال و النّسأه بالضّم التّأخير مثل الكلأ و كذلک النّسيئه على فعليه تقول نسأ البيع و انسأته و بعته بنسئه و بعته بكلإ و بعته بنسيئه او باخره انتهى و فى الرّوضه مأخوذ من النّسى ء و هو تاخير الشّى ء تقول انسأت الشّى ء انساء اذا اخّرته و النّسيئه اسم وضع موضع المصدر انتهى و فى القاموس بعته بنسئه بالضمّ

و بنسيئته باخره و النّسى ء الاسم منه انتهى فالّذى يظهر انّ النّسيئه كالنّقد مصدر و النّسى ء الاسم و مجى ء فعيله مصدرا كثير كالغريمه و الخطيئه و السّريره

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قوله (الى أربعه اقسام

من الظّاهر انّ البيع و ما فى حكمه ينقسم باعتبارات مختلفه الى اقسام عديده فباعتبار الرّبح و عدمه الى مساومه و توليه و مرابحه و مواضعه لانّه امّا ان يخبر برأس المال أو لا و الثّانى المساومه و الاوّل امّا ان يبيعه برأس المال او لا فالاوّل التّوليه و الثّانى امّا ان يبيعه بربح أو لا فالاوّل المرابحه و الثّانى المواضعه و باعتبار المساواه بين العوضين الى ربوىّ و غيره و الاوّل ما وجبت فيه المساواه و الثّانى ما لم تجب و باعتبار العاقد الى عقد اصيل و عقد وكيل و ولى و وصّى و فضولىّ و باعتبار القبض فى المجلس الى ما وجب قبض العوضين فيه و هو الصّرف و ما وجب قبض الثّمن و هو السّلم و ما لم يجب و هو الباقى و هكذا

قوله (و هو بيع الكالى بالكالى)

هو اسم فاعل من كلأ بالهمز بمعنى تأخّر و هو صريح جمع من أهل اللّغه و عن القاموس انّه قال فى باب الهمزه كلأ الدّين اى تأخّر و فى باب اللّام انّ الكال ان تشترى او تبيع دينا لك على رجل بدين له على اخر و جعله فى الرّوضه من كلائه بمعنى حفظه حيث يقول الكالى اسم فاعل او مفعول من المراقبه لمراقبه كلّ من العزيمين صاحبه لاجل دينه ثمّ انّ الاقسام الاربعه للبيع كلّها صحيحه اجماعا الّا الثّانى ففيه مسائل الاولى ان يبيع دينا سابقا على العقد بعد حلوله او قبله بدين كذلك الثّانيه ان يبيع دينا سابقا بكلّى مؤجّل او بالعكس الثّالثه ان يبيع الكلّى المؤجّل بالكلّى المؤجّل و هذا هو بيع الكالى بالكالى عند جماعه و صرّح به فى عباره التّذكره امّا الاولى فلا يجوز مط اتّفاقا لما رواه فى الكافى فى الصّحيح عن طلحه بن زيد عن ابى عبد اللّه (ع) قال قال رسول اللّه (ص) لا يباع الدّين بالدّين و الاظهر عندى انّ بيع الكالى بالكالى عباره عن هذه المسأله و هى بيع الدّين بالدّين و ذلك لانّ الظّاهر اتّفاقهم على بطلان بيع الكالى بالكالى و لو كان راجعا الى المسألتين الاخيرتين لما اتّفقوا على بطلانه و امّا الثّانيه ففيها قولان احدهما الحرمه و البطلان و قد يقال انّه المشهور ثانيهما الكراهه و هو خيره الشّرائع و جماعه للعمومات و عدم المانع و استدلّ المانعون بانّ المؤجّل يقع عليه اسم الدّين فيكون من بيع الدّين بالدّين و ناقش فيه صاحب لك بمنع اطلاق اسم الدّين حقيقه الّا على ما ثبت فى الذمّه و العوض هنا لا يثبت فى الذمّه الّا بعد العقد فلم يتحقّق بيع الدّين بالدّين و انّما يصدق بيع الدّين بالدّين اذا كان العوضان

كلاهما دينا قبل المعاوضه كما لو باعه الدّين الّذى فى ذمّته بدين اخر له فى ذمّته او فى ذمّه ثالث او تبايعا دينا فى ذمّه غريم لاحدهما بدين فى ذمّه غريم للآخر و نحو ذلك لاقتضاء الباء كون الدّين نفسه عوضا و المضمون الّذى لم يكن ثابتا فى الذمّه قبل ذلك لا يعدّ جعله عوضا بيعا بدين و امّا قولهم اشترى فلان كذا بالدّين مريدين به انّ الثّمن فى ذمّته لم يدفعه فمن باب المجاز يريدون به انّ الثّمن بقى فى ذمّته دينا بعد البيع و لو لا ذلك كلّه للزم مثله فى الحال لاطلاقهم فيه ذلك و ردّه فى الجواهر بمنع كون المراد من النّص ذلك لا غير و تعلّق الباء اعمّ اذ يمكن كون المراد المنع من بيع الدّين بالدّين المقابل للعين و الحال اى لا تبع الدّين بهذا الصّنف من البيع فيكون التّعريف إشاره الى هذا القسم من البيع المعهود فى الذّهن و ح فاظهر الفردين المؤجّل فى العقد لا العكس انتهى و الانصاف انّ ما ذكره فى لك حسن و هو مختار الشّرائع فانّ ظاهر الصّحيحه هو النّهى عن بيع ما فى الذمّه بما فى الذمّه و يبقى غيره تحت الاصل و العمومات الّتى يجب الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقّن و الكلام فى المسأله الثّالثه كذلك أيضا قولا و مدركا و مع ذلك كلّه فالاحتياط يقتضى متابعه المشهور و المنع عن بيع الدّين بالنّسبه و النّسيه بالنّسيه

[مسأله إطلاق العقد يقتضى النقد]

قوله (و علّله فى التّذكره بانّ قضيّه العقد الخ

و قد يعلّل أيضا بانّ اطلاق العقد ينصرف الى النّقد و النّقل و الانتقال الحالّين و ان كان الموضوع له بالوضع العرفى الاعمّ من ذلك كانصراف المطلقات الى افرادها الشّائعه و كانصراف النّقد الى نقد البلد و كالانصراف الى الدّفع فى بلد العقد الى غير ذلك و من هنا قد يعلّل أيضا بانّه يكون كالشّرط الضّمنى و على اىّ حال مقتضى الادلّه عدم الفرق بين الثّمن و المثمن فى اقتضاء اطلاق العقد الحلول و التّعجيل و لكن لمّا كان محلّ التعرّض لتأجيل المثمن و تعجيله مبحث السّلم اقتصروا فى المقام على ذلك الثّمن خاصّه و من هنا عبّر المصنّف ره بالنّقد خلافا للاكثر حيث عبّروا بالثّمن الحالّ

قوله (متى طولب صاحبها

لا اشكال فى انّ قضيّه العقد انتقال كلّ من العوضين الى الاخر فيجب الخروج عن العهده طولب صاحبها أم لا و مقتضى ملكيّه البائع للثّمن وجوب دفعه إليه و لو مع عدم المطالبه و تقييد وجوب الدّفع فى كلام العلّامه و غيره بصوره المطالبه انّما هو من حيث كشف عدمها عن الرّضا بالتّأخير فكما انّ قضيّه العقد فى الثّمن المعيّن مالكيّه البائع له و وجوب دفع المشترى ايّاه للبائع الّا من جهه ثبوت حقّ او حصول رضا فكذلك فى الكلّى يكون قضيّه

العقد مالكيّه البائع للثّمن فى ذمّه المشترى و يجب دفعه الى البائع الّا من الجهه المذكوره نعم سيأتى انّ وجوب الدّفع ليس مطلقا بل مقيّد بما اذا تسلّم من لم يدفع بعد ماله من الاخر او كان تسليمه مقارنا لتسلّمه بان يدفع من يد و يأخذ من اخرى و فيما كان الثمن مؤجّلا يجب الدّفع بعد حلول الاجل و لا يتوقّف على المطالبه الّا اذا علم برضا البائع بالتّأخير و قد يقال انّ النّقد الّذى هو مقتضى العقد عباره عن استحقاق البائع المطالبه لا فعليّه الدّفع و المؤجّل الحال بمجى ء اجله هو كذلك أيضا و وجوب الدّفع فى الثّمن الشّخصى مع عدم المطالبه غير مسلّم و انّما المحرّم التصرّف فى مال الغير بغير اذن منه او من الشّارع و الابقاء المجرّد عنه ليس بتصرّف و لا دليل على انّه يجب عليه ان يحمله الى مالكه و كذلك فى الامانه الشّرعيّه فانّ الواجب بعد معرفه المالك اعلامه بالحال و تمكينه من اخذ ماله لا دفعه إليه و بالجمله لا ريب فى انّه يجب على المشترى تمكين البائع من احد الثّمن بمعنى ازاحه العلّه من جانبه و رفع سلطنته المانعه لاستيلائه على ماله و ذلك لحرمه الحيلوله بين المال و مالكه لا جعله متمكّنا مط بازاحه العلّه من جانبه أيضا فالحرام على المشترى الامتناع من دفع الثّمن و امّا وجوب الدّفع فعلا فهو مشروط بمطالبته و الاقرب ما ذكرناه فانّ ابقاء مال النّاس عنده لا يجوز بغير اذن من مالكه او من الشّارع كما فى الامانات الشرعيّه الّا مع العلم بالرّضا

قوله (و يدلّ على الحكم المذكور أيضا الموثّق)

المروىّ فى الكافى عن عمّار بن موسى عن ابى عبد اللّه (ع)

قوله (مع انّ مرجع عدم المطالبه الخ)

هذا بظاهره استدلال عجيب فانّه لو فرض اشتراط التّعجيل بدفع الثّمن من دون مطالبه كيف يكون عدم المطالبه القاء للشّرط المذكور و يمكن ان يقال انّ المراد من المطالبه ليس هو التلفّظ بها اذ ليس لمثله موضوعيّه بل المراد منها هو الطّلب النّفسى المنكشف و ح فالتّقابل بين المطالبه و عدمها تقابل السّلب و الايجاب فيكون مرجع عدم المطالبه الى القاء هذا الحقّ المشترط

قوله (و كيف كان فذكر الشّهيد ره فى الدّروس)

المشهور كما فى الرّوضه و المتن انّه لا فارق بين الاطلاق و اشتراط التّعجيل و انّه لا يكون الّا مؤكّد المقتضى الاطلاق و يستفاد من كلمات بعضهم وجود الفارق من وجهين الاوّل ثبوت الخيار مع الشّرط و هذا ما ذكره المصنّف تبعا للشّهيدين الثّانى انّ مع الاطلاق لا يجب الدّفع الّا بمطالبه المنتقل إليه بخلاف الاشتراط فانّه يوجب وجوب الدّفع من غير مطالبه و قد صرّح بعض انّ المراد بالحلول استحقاق البائع المطالبه بالثّمن بمجرّد العقد فيجب على المشترى

دفعه إليه ح فورا ان لم يكن له خيار او كان و لم يفسخ ثمّ قطع بعدم وجوب المبادره عليه بدفعه إليه بدون مطالبته ان كان العقد مط ثمّ اختار وجوب المبادره مع اشتراط التّعجيل و الى هذا ينظر صاحب الجواهر حيث يقول بعد نقله عن الرّوضه نسبه القول بانّ اشتراط التّعجيل مؤكّد الى المشهور انّه قد يمنع التّأكيد بناء على انّ الاطلاق يفيد استحقاق المطالبه فى كلّ وقت كما هو مقتضى الحلول فى كلّ دين امّا وجوب الدفع فعلى المطالبه فعلا و ح فاشتراط التّعجيل يفيد وجوب الدّفع بدونها فهو امر غير ما يقتضيه العقد اللهمّ الّا ان يمنع ذلك و يقال باقتضاء العقد التّقابض من دون مطالبه كما تعرفه إن شاء اللّه انتهى و لا اشكال فى انّ مختاره بنفسه هو كلامه الاخير من اقتضاء العقد التّقابض من دون مطالبه و قد عرفت انّ تقييد وجوب الدّفع فى كلماتهم بصوره المطالبه انّما هو من حيث كشف عدمها عن الرّضا بالتّأخير و بالجمله الفرق بين اطلاق العقد و اشتراط التّعجيل بذلك كما عن بعض لا وجه له و امّا الفرق بينهما بثبوت الخيار مع الشّرط سواء عيّن زمان النّقد فاخلّ المشترى به او اطلق و لم يعيّن الزّمان اذا اخلّ به فى أوّل وقته كما استحسنه فى المتن تبعا للشّهيد فى الرّوضه فالظّاهر انّه لا اشكال فيه و ما فى الجواهر من انّه قد يناقش فى صحّه الشّرط باعتبار تعدّ افراد التّعجيل و اختلافها فلا يصحّ مع الشّرط عدم التّعيين للجهاله و على تقدير الصحّه فدعوى التسلّط على الخيار بالاخلال به فى أوّل وقته يمكن منعها لعدم صدق الاخلال بالشّرط حتّى تنتفى سائر الافراد نحو التّكليف بالمطلق ه ففيه ما افاده المصنّف ره من انّ العقد المطلق كما ينصرف الى النّقد و المعجّل فكذا شرط التّعجيل اذا كان مطلقا انصرف الى أوّل ازمنه الامكان عرفا فالشّرط ليس مجهولا و ليس نحو التّكليف بالمطلق

قوله (و لا يقدح فى الاطلاق عدم تعيين زمان التّعجيل)

اى و لا يقدح فى اطلاق اشتراط التّعجيل من دون تعيين زمانه و اراد بذلك ردّ ما فى الجواهر كما عرفت

قوله (و لا حاجه الى تقييد الخيار الخ)

هذا أيضا ردّ لما فى الجواهر حيث اعترض أيضا بانّه لا بدّ من تقييد الخيار بعدم امكان الاجبار و الّا اجبر على الوفاء به ه بوجهين الاوّل انّ الغرض فى المقام بيان انّ التخلّف موجب للخيار كما هو الحال فى الاخلال بكل شرط اخذ فى العقد و ليس الغرض بيان تمام جهات المسأله و هذا واضح لا ستره عليه و لكن لا يبعد انّ صاحب الجواهر لم

يقصد الاعتراض بل قصد دفع توهّم ثبوت الخيار مط الثّانى انّه لا يتصوّر الاجبار فى المقام اصلا فلا وجه للتّقييد و اجاب بعض الاعاظم ره عن هذا فى الحاشيه بانّه انّما يتمّ اذا لم يكن زمان التّعجيل المشترط ممتدّا بحيث يتصوّر له أوّل و اخر او كان كذلک و قلنا بجواز التّأخير الى آخر زمانه كما هو الحقّ و أمّا اذا قلنا بعدم جواز ذلک و انّ التّأخير عن أوّل وقته موجب للخيار كما اختاره المصنّف قدّس سرّه فيتصوّر الاجبار لانّ المفروض سعه زمان الشّرط و ان كان يجب عليه المبادره فى أوّل اوقاته هذا مع انّه على الاوّلين أيضا و ان كان لا يتصوّر الاجبار بعد فوات الوقت الّا انّه يتصوّر قبله فانّه بناء على عدم توسعه زمانه له اجباره من أوّل الامر كما فى الواجب المضيّق اذا علم من حال المكلّف البناء على تركه و على فرض توسعته و جواز التّأخير الى اخر ازمنته له اجباره فى الجزء الاخر من الوقت فلا وجه لما ذكره المصنّف ره من انّ قبل انقضاء زمان نقد الثّمن لا يجوز الاجبار اذ لو استكشف من حاله انّه غير بان على الاداء يجوز له اجباره انتهى و فيه انّ ما فرضه لامكان الاجبار و هو ما اذا كان زمان التّعجيل المشترط ممتدّا و كان التّأخير غير جائز انّما هو مجرّد فرض غير واقع لوضوح امكان اشتراط زمان ممتدّ فى شرط من الشّروط غير تعجيل الثّمن بحيث يكون الوقت الممتدّ وافيا للاجبار عليه و امّا فى خصوص اشتراط تعجيل احد العوضين فواضح انّه لم يكن سعه وقت الشّرط بحيث يفى بالاجبار عليه فسعه زمان الشّرط فى المقام ليس بحيث يفى تخلّفه لجواز الاجبار و اعجب من هذا ما ذكره ثانيا من تصوير الاجبار قبل الوقت كما فى الواجب المضيّق فانّ قبل الوقت فى المقام و هو اشتراط النّقد لا بدّ من تصوير وقت فاصل بين العقد و الشّرط له امتداد يفى لامكان الاجبار و جوازه و انّى يكون له وقت كذلک و هذا بخلاف الواجب المضيّق فانّ جواز الاجبار فيه قبل الوقت انّما هو فيما كان الوجوب فعليّا قبل صيرورته مضيّقا ثمّ لو فرض تحقّق ما فرضه المحشّى لامكان الاجبار فهو فرد نادر لا يعبأ به و ليس كلام المصنّف ناظرا إليه

[مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدّةً معيّنةً غير محتملهٍ مفهوماً و لا مصداقاً للزياده و النقصان الغير المسامح فيهما]

قوله (الغير المسامح فيهما)

و امّا الجهاله المسامح فيها عرفا فلا بأس بها كالتّأجيل بآخر ساعه الأيّام مع انّ ساعاتها تختلف باختلاف ايّام السّنه كاختلاف الوزن فى مقدار المنّ مثلا بمثاقيل عديده بل ازيد و كالمسامحه فى تراب الحنطه و نحو ذلک لمسامحه العرف فى امثال ذلک و عدّهم ذلک من المعيّن

الموجب لارتفاع الغرر و الظّاهر انّ ما ذكرنا اجماعىّ و من اجل انّ المدار فى التّعيين نظر العرف جاز تعيين المدّه بالشّهر الهلالى و ان لم يعلم انّه تامّ او ناقص مع انّه لو ردّد المدّه بين تسعه و عشرين و ثلثين كانت باطله ثمّ انّه لو جعل بعض الثّمن معجّلا و بعضه مؤجّلا بمدّه معيّنه جاز لاطلاق الادلّه

قوله (و لما دلّ فى السّلم)

مثل ما رواه الصّدوق عن غياث بن ابراهيم عن ابى عبد اللّه (ع) قال قال امير المؤمنين (ع) لا بأس بالسّلم كيلا معلوما الى اجل معلوم و لا تسلم الى دياس و لا الى حصاد

قوله (و عن الاسكافى المنع عن التّأخير)

المحكىّ عنه فى غير هذا الكتاب هو المنع عن التّأخير الى اكثر من ثلث سنين

قوله (و ظاهر الخبرين الارشاد)

لوضوح انّ طول المدّه يؤدّى الى تلفه او صعوبه تحصيله و ممّا يشهد انّهما للارشاد الى ذلک اختلاف مؤدّاهما

قوله (على ما يحتمل بقاء المشترى إليه لغوا بل مخالفا)

قد يمنع اللغويه بامكان فرض المصلحه و امكان الصّلح بعد البيع على المدّه الزائده عن العمر الطّبيعى بشى ء و يمنع كونه مخالفا للشّرع بانّ نفس اشتراط ما زاد و تمادى الاجل الى الف سنه من حيث هو ليس مخالفا للشّرع و اسقاط الشّارع الاجل بالموت و حكمه بالحلول تعبّد منه و نمنع كون الاشتراط المذكور تصريحا ببقائه بعده فيكون فاسدا و لذا اتّفقوا على الجواز فى صوره عدم الافراط مع الحلول بالموت فيه أيضا و لعلّ فافهم إشاره الى ما ذكرنا و على القول بالصحّه اذا حلّ الاجل بموت المورّث فهل للوارث خيار فسخ البيع أم لا وجهان من انّ للأجل قسطا من الثّمن بالمعنى الّذى تقدّم و قد فات بالحلول و لا يمكن تداركه و الفسخ رافع للضّرر و من اصاله اللّزوم مع عدم التّقصير من البائع فى فوات الاجل كما فى المدّه القصيره اذا حلّ الاجل بالموت

قوله (و المهرجان)

هو السّادس عشر من مهرماه أوّل الخريف

قوله (و نحوهما)

كبعض اعياد اهل الذمّه اذا عرفه المسلمون

قوله (اذا المضبوطيّه فى نفسه غير مجد)

الاقوى كفايه تعيّن المدّه فى الواقع اذا كان منضبطا عند اهل عرفه و ان لم يعرفه المتعاقدان كما استظهرنا ذلك فى مقدار الوزن عند الكلام فى شروط العوضين

قوله (و ظاهر التّذكره اختيار الجواز)

ظاهرها باعتبار ما ذكره من التّعليل اختيار ما قوّيناه من كفايه المعلوميّه عند اهل العرف لا مجرّد المعلوميّه فى الواقع

قوله (قال بعض الشّافعيّه نعم)

عباره التّذكره هكذا قال بعض الشّافعيّه نعم و قال بعضهم لا يعتبر و يكتفى بمعرفه النّاس و لو اعتبر معرفتهما أوّلا و لو عرفا كفى انتهى

[مسأله لو باع بثمنٍ حالّا و بأزيد منه مؤجّلًا]

قوله (و يدلّ عليه أيضا ما رواه فى الكافى)

و قد ورد ذلک فى ذيل روايه محمّد بن قيس المعتبره ففى الكافى عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس عن ابى جعفر (ع) قال قال امير المؤمنين صلوات اللّه عليه من باع سلعه فقال انّ ثمنها كذا و كذا يدا بيد و ثمنها كذا و كذا نظره فخذها بايّ ثمن شئت و جعل صفقتهما واحده فليس له الّا اقلّهما و ان كانت نظره قال و قال عليه السّلام من ساوم بثمنين احدهما عاجل و الاخر نظره فليسمّ احدهما قبل الصّفقه و محمّد بن قيس هو البجلى الثّقه بقرينه روايه عاصم بن عبد الحميد عنه و لانّه الّذى يذكر قضايا امير المؤمنين (ع) مضافا الى انّ فى السّند ابن ابى عمير و هو من اصحاب الاجماع فلا اشكال فى اعتبار السّند و هى معدوده من الحسن بل الصّحيح

قوله (فيقع الاشكال فى نهوض الرّوايتين

امّا روايه محمّد بن قيس فقد عرفت انّها فى غايه الاعتبار و امّا الرّوايه الثّانيه المرويّه فى التّهذيب عن البرقى عن النّوفلى عن السّكونى فهى معدوده من القويّ و الاصحاب على العمل بروايه النّوفلى و السّكونى فلا اشكال فى اعتبار الرّوايتين من حيث السّند هذا مضافا الى عدم اعراض الاصحاب عنهما فقد عمل بهما جماعه من القدماء و بعض المتاخّرين و لا داعى الى صرفهما عن ظاهرهما و حملهما على بعض المحامل كما اشار الى بعضها فى المتن فانّها فى غايه البعد و بالجمله لا مانع من العمل بظاهرهما فيحكم ببطلان المعامله بمعنى عدم مضيّها على ما تعاقدا عليه و كان على المشترى اقلّ الثمنين و ان تاخّر الدّفع الى آخر الاجلين نعم لا يقاس بمفروض المسأله ما اذا جعل له الاقلّ فى اجل و الاكثر فى اجل اخر

قوله ان خطّته فارسيّا فبدرهم و ان خطّته روميّا فبدرهمين)

الحقّ فى هذه المسأله البطلان ان قصد عنوان الاجاره نظرا الى كونه غررا لانّ الاجير لم يملك اجره معيّنه فانّ العمل لو سلّمنا كونه معيّنا فلا نسلّم تعيين الاجره لانّه جعل له اجرتين على تقديرين فلم يملك الاجير بالعقد اجره معيّنه و الصحّه ان قصد الجعاله لاغتفار مثل هذه الجهاله فى الجعاله و قد يستدلّ على الصحّه مع قصد الاجاره بالآيه الشّريفه فى اجاره موسى (ع) و صحيحه ابى حمزه و كانّه الثّمالى عن ابى جعفر (ع) قال سألته عن رجل يكترى الدابّه فيقول اكتريتها منک الى مكان كذا و كذا فان جاوزته فلک كذا و كذا زياده و يسمّى ذلک قال لا بأس به كلّه و تقريب الاستدلال واضح كما انّ ضعفه بيّن فانّ آيه موسى (ع) ظاهره فى كون الزّياده احسانا لا اجاره كما يقضى به فمن عندک و الصّحيحه لا تدلّ على جواز مثل هذا الابهام

قوله (فلا يكلّف تقليد المنّه و فيه تامّل)

فانّ القبول ليس فيه منّه

مطلقا كيف و قد يكون المشترى ممنونا فى قبول البائع مضافا الى انّ هذا دليل اعتبار لا حجّه و يمكن ان يقال أيضا انّ الاصل براءه ذمّه ذى الحقّ من لزوم القبول قبل حلول الأجل

[مسأله لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجّل قبل حلول الأجل]

قوله (و اندفع أيضا ما يتخيّل)

و المتخيّل هو المحقّق الاردبيلى ره حيث ذكر لاحتمال وجوب القبول وجوها منها الوجهان المشير إليهما المصنّف قدّس سرّه الاوّل انّ الاجل لرعايه حال المشترى و الترفّه له كالرّخصه له لا لاجل البائع و لهذا يزاد الثّمن فاذا حصل الثّمن الزّائد للبائع نقدا فهو غايه مطلوب التّجار فلا ينبغى الامتناع عنه و الثّانى انّ الظّاهر من قولنا بعتك هذا بكذا الى مدّه كذا انّ زمان الاداء الى تلك المدّه موسّع فذلك الزّمان نهايه الاجل للتّوسعه بمعنى عدم التّضييق الّا فى ذلك الزّمان كالواجبات الموسّعه و يدفع الاوّل انّه قاصر عن افاده وجوب القبول المستلزم للعقاب على التّرك و ليس الّا مجرّد اعتبار مع انّ الاغراض لا تنحصر و قد يكون مصلحه البائع فى اشتراط تاخير القبض الى الاجل و الثّانى انّ محلّ الكلام فيما اذا كان وقت اداء الثّمن مؤجّلا اى موقّتا لا فيما باعه بشرط ان يجوز له التّأخير و من الواضح ظهور ما ذكره من المثال فى ظرفيّه كلّ جزء من الزّمان للاستحقاق و منها انّه قد يتضرّر المشترى بعدم الاخذ و يدفعه انّ التضرّر ح لم يكن مستندا الى فعل صادر من البائع حتّى يجب عليه القبول كما انّ البائع لو تضرّر بتأخير الدّفع الى وقته المؤجّل لا يجب على المشترى التّعجيل و الاداء قبل وقته و هذا واضح و منها انّ الظّاهر انّ الحقّ ثابت و الاخذ مع دفع صاحبه واجب عندهم عقلا و نقلا و قد افاد الاجل عدم وجوب الدّفع لا عدم وجوب الاخذ و يدفعه انّ هذا ليس الّا مصادره و هو عين الدّعوى هذا و قد يقال انّه اذا توفّرت المصلحه للبائع انتفت المفسده من جميع الوجوه و حيث لا يكون فى امتناعه غرض عقلائىّ كان سفها فيقبضه الحاكم لتبرّئ ذمّه الدّافع بذلك و هذا أيضا لا يخلو عن مصادره لانّ الحاكم ليس له التصرّف الّا فيما كان الامتناع غير مشروع و لا وجه لولايه الحاكم فى المقام

قوله (و فى باب الشّروط من التّذكره الخ)

الظّاهر انّ مقصود العلّامه ما هو مفروض المسأله من كون البيع نسيه بحيث يكون تاخير الاجل داخلا فى عنوان البيع و من قيود الثّمن و مقصوده من المقيس عليه أيضا ما يكون كذلك كما اذا باع الحنطه الجيّده و أمّا اذا كان الاجل مأخوذا بعنوان الشّرط فليس الاجل صفه تابعه

و كذا لو قال بعتك هذه الحنطه بشرط كونها جيّده و للمشترى اسقاط حقّ الشّرط فى المسألتين اذا كان له فقط و الفرق بين ما ذكره جامع المقاصد من التّعليل و ما ذكره فى التّذكره فى غايه الوضوح فانّ الاوّل ينظر الى اشتراك المتبايعين فى الحقّ فلا يسقط باسقاط احدهما و الثّانى ينظر الى انّ التّأجيل صفه تابعه و لا تفرد بالاسقاط

قوله (لكنّ الظّاهر تعدّد الحقّ فت)

يمكن ان يكون إشاره الى اختلاف الموارد فاذا باع بشرط استحقاق المشترى تاخير الثّمن اتّحد الحقّ و اذا باع مؤجّلا او بشرط التّأجيل فى الثّمن بحيث يكون التّأخير حقّا لكليهما تعدّد و يمكن ان يكون إشاره الى ما ذكره من تعليل الحكم بعدم وجوب القبض على البائع لو تبرّع المشترى بالدّفع من انّ التّأجيل كما هو حقّ المشترى يتضمّن حقّا للبائع فلا اشكال فى انّ الظّاهر تعدّد الحقّ

[مسأله إذا كان الثمن بل كلُّ دينٍ حالّا أو حَلّ، وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه]

قوله (مسئله اذا كان الثّمن بل كلّ دين حالّا)

قد علمت انّه يجب الدّفع على المديون عند الحلول مع المطالبه و عدمها و يجب القبول على صاحب الدّين اذا كان موافقا لحقّه و مساويا لما فى ذمّه المديون قدرا و جنسا و وصفا الّا اذا كان له عذر من جهه الاشتغال بواجب و عن جماعه عدم الخلاف فيما ذكرنا من وجوب القبول بل عن الرّياض الاجماع عليه و استدلّ عليه المصنّف قدّس سرّه بانّ فى امتناعه اضرارا و ظلما على المديون و بفحوى دليل سلطنه النّاس على اموالهم و يمكن ان يستدلّ أيضا كما فى الجواهر فى المسأله و هى ثمن البيع اذا حلّ الاجل و دفعه المشترى بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حيث قال فانّ وجوب الوفاء بها يتبع وجوب الدّفع و وجوب القبول و الاشكال بانّ الظّاهر من الآيه الوجوب الوضعىّ لا التّكليفى و على فرضه فمقتضاه وجوب ترتيب آثار الملكيّه على كلّ من الطّرفين و امّا انّه يجب القبول فلا مندفع بما سبق من عدم الاشكال فى انّ الآيه الشّريفه مشتمله على الخطاب و ان لم يكن تكليفا محضا و يكون مستتبعا لخطاب وضعىّ و هو نفوذ العقد و مضيّه و امّا انّ مقتضى التّكليف هو وجوب ترتيب آثار الملكيّه فلا اشكال فيه الّا انّ المدّعى انّ معنى وجوب الوفاء هو العمل على طبق المعاهده و الالتزام بترتيب آثار الملكيّه و ذلك يستتبع وجوب الدّفع و وجوب القبول لظهور الخطاب فى وجوب الوفاء بالعقد على ما هو عليه من الخصوصيّات بالدّلاله المطابقيّه و الالتزاميّه فتدبّر

قوله و كيف كان فاذا امتنع بغير حقّ سقط اعتبار رضاه)

لا اشكال و لا خلاف فى ذلك كما لا اشكال فى انّه اذا رضى المديون بالصّبر و كونه فى ذمّته كان له ذلك

و ليس للحاكم مطالبته لما فى المتن من عدم ولايته عليه ح و عن السّرائر وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و انّما الكلام فى الاجبار و العزل و الرّجوع الى الحاكم اذا لم يرض المديون بالصّبر و فيه اقوال الاوّل ما فى المتن و هو مختار جماعه من اجبار الحاكم على القبض فان تعذّر دفعه الى الحاكم و ان تعذّر الحاكم كان للمؤمنين اجباره عدولا كانوا أم لا و ان تعذّر ذلك أيضا تعيّن العزل الثّانى تعيّن العزل و كون الضّمان على صاحب الدّين و هو ظاهر اطلاق جماعه منهم الشّيخان فى المقنعه و النّهايه و المحقّق فى الدّين من الشّرائع و مجمل دليلهم انّه اذا سقط اعتبار قبض الدّاين بنفى الضّرر كفى تعيين المديون و عزله لاصاله براءه ذمّته عن وجوب شىء اخر من الاجبار او الرّجوع الى الحاكم الثّالث تعيّن الدّفع الى الحاكم و هو ظاهر المشهور و مجمل دليلهم انّه بمنزله المالك لانّه ولىّ الممتنع و زاد بعض السّاده الاعاظم فى المسأله على هذه الاقوال وجهين آخرين احدهما التّخيير بين الوجوه و ثانيهما تعيّن الاجبار أوّلا و مع عدم امكانه فالتّخيير بين العزل و الدّفع الى الحاكم و الاقوى ما اختاره المصنّف ره لكن مع عدم الأمن من الانكار و مع الأمن فالّذى اذهب إليه انّه اذا امتنع يجوز للمديون اجباره و لو بإلقائه إليه اذا كان ملتفتا فانّ تعيين الكلّى بيده و ليس الحكم معلّقا على عنوان القبض بحيث يكون له موضوعيّه فى براءه ذمّه المديون و انّما الواجب هو الوفاء و اداء الدّين و لا اشكال فى صدقهما مع الالقاء إليه و كذا يجوز له التوسّل باجبار المؤمنين ايّاه و لو كانوا فسّاقا و كان الحاكم موجودا و مع عدم امكان الاجبار مط تعيّن العزل لانّه اذا لم يمكن القبض مع الرّضا لا يجوز رفع اليد عن اصل القبض بل مقتضى القاعده سقوط الرّضا فقط و مع عدم امكان القبض يسقط مع حصول ملكيّه الدّاين فى المعزول و لا دليل على الرّجوع الى الحاكم الّا ان يقال بعموم ما اشتهر فى الالسن و تداول فى بعض الكتب من روايه انّ السّلطان ولىّ من لا ولىّ له الشّامل لصور تعذّر ايصال الحقّ الى صاحبه سواء كان حاضرا او غائبا و امتناعه من اخذ حقّه و انّه ولىّ الممتنع و استدلّ به جماعه فى باب اداء الحقوق الواجبه من الزّكاه و الخمس و غيرهما و فرّق جماعه فى المال المجهول المالك بين كونه فى الذمّه و كونه عينا خارجيّا فحكموا فى الاوّل بانّه يجب دفعه الى حاكم الشّرع او الاستيذان منه فى التصدّق عن المالك و فى الثّانى انّه يجوز لمن عنده المال التصدّق من غير ان يرفع الامر الى الحاكم او نائبه و كذا

فى باب اللّقطه تمسّكا باخبار ظاهره فى جواز تصدّق الملتقط بنفسه من جهه ثبوت الولايه له فى خصوص المورد و علّلوا ذلک بانّ الحقّ لو كان فى الذمّه فلا يقع التصدّق عن ذى الحقّ الّا بعد صيروره المدفوع مالا له قبل التصدّق و لا يصير مالا له الّا بعد وصوله إليه او الى وليّه فكلّ مورد كلّف الشّخص الى ايصال حقّ الغير إليه و اراد ذلک لتحصيل براءه ذمّته و التخلّص من الضّرر المترتّب على بقائه فلا بدّ ان يرفع الامر الى الحاكم على تقدير امتناع ذى الحقّ عن اخذ حقّه و يجب على الحاكم القبول أيضا و ان شئت قلت انّه لا اشكال فى حصول براءه ذمّته على تقدير الدّفع الى الحاكم و لازمه تعيّن الدّفع إليه اذ لا بدّ امّا من القول بعدم جواز الدّفع إليه او الالتزام بوجوب ذلک و لا معنى للالتزام بحصول براءه الذمّه بالدّفع الى الحاكم عند امتناع ذى الحقّ عن اخذ ماله و عدم تعيّن الدّفع إليه و هذا مطّرد فى كلّ مورد يكون المطلوب ايصال الحقّ الى صاحبه و يكون الامر متعلّقا به و بتحصيل البراءه من حقّه و ما يظهر من القدماء الى زمان المحقّق و يظهر منه أيضا فى كتاب الدّين و غيره من عدم وجوب رفع الامر الى الحاكم و انّ امتناع ذى الحقّ بمنزله قبضه فيكون التّلف منه فلعلّهم يريدون حكم صوره عدم التمكّن من الوصول الى الحاكم و من يقوم مقامه لانّ عموم ادلّه ولايه الحاكم مسلّم عندهم مفروغ عنه بينهم نعم قد يتعلّق الامر الشّرعى بمجرّد اعلام ذى الحقّ بوجود ماله عند من فى يده كما فى الامانات الشّرعيه او المالكيّه عند نسيان المالک فانّ من عنده الامانه ليس مكلّفا فى الصّورتين الّا باعلام المالک و التّمكين من قبضه و لا معنى ح لوجوب رفع الامر الى الحاكم لسقوط التّكليف بعد اعلام من له الحقّ و لا اشكال ظاهرا فى هذا من حيث الكبرى و انّما يقع الاشكال فى بعض الموارد من حيث الصّغرى و انّه من اىّ القسمين و المتّبع ح الرّجوع الى الادلّه فان علم الامر منها و الّا فلا بدّ من الاخذ بالمتيقّن هذا كلّه مضافا الى انّ اللّازم الاقتصار فيما خالف الاصل الدالّ على عدم تعيين الثّمن للبائع حيث كان كليّا الّا بقبضه على محلّ الوفاق هذا غايه ما يمكن ان يقال دليلا لهم و فيه منع دلاله العموم المذكور عليه لانّ قوله (ع) فى المرسله من لا وليّ له انّما هو من باب عدم الملكه اى السّلطان وليّ من لا وليّ له فعلا مع شأنيّه ان يكون له وليّ لا من باب عدم السّلب فلا يجرى فى الممتنع عن اخذ حقّه نعم يجرى فى المتعذّر عن اخذ حقّه و امّا ما يقال من انّ السّلطان وليّ الممتنع ففيه انّه ليس بروايه رويت عن النّبى (ص) او عن احد الائمّه عليهم السّلام و انّما المدرک له هو المرسله المتقدّمه

المشهوره فى الالسن او الاجماع المدّعى فى كلام بعض عليه امّا الاوّل فقد عرفت ما فيه و امّا الثّانى ففيه انّه لا ينفع المقام لانّ مراد المجمعين من الممتنع كما يظهر لمن راجع الى كلماتهم هو الممتنع عن اداء حقّ النّاس لا من امتنع عن اخذ حقّه و بالجمله هذه القضيّه ليست شامله للمقام و ليست ممّا تسالم عليه الاصحاب و قد صرّح جماعه بخلافها و ظاهر القدماء عدا ابن ادريس ذلك و دعوى انّ مرادهم ممّا اطلقوا صوره التعذّر من رفع الامر الى الحاكم كما ترى فانّه فى غايه البعد من كلماتهم و امّا الاستشهاد بما ذكره جماعه فى المال المجهول المالك ففى غير محلّه للفرق الواضح بين صوره التعذّر و الامتناع مضافا الى المناقشات الوارده فى كلامهم فى ذلك الباب و امّا انّ لازم الحكم بحصول براءه ذمّه المديون بمجرّد الدّفع الى ذى الحقّ و امتناعه و تعيّن حقّه فى ذلك يوجب الحكم بعدم جواز رفع الامر الى الحاكم و عدم حصول براءه الذمّه بالدّفع إليه ففيه انّه لا ضير فى الالتزام بذلك لانّه ان اريد من حصول براءه الذمّه بالدّفع الى الحاكم هو الدّفع إليه قبل الدفع الى ذى الحقّ و امتناعه فهذا لم يقل به احد و ان اريد من ذلك الدّفع إليه بعده فبناء على الالتزام بحصول البراءه بالدفع الى مالكه و امتناعه و تشخيص الحقّ فى المدفوع بالامتناع لا يبقى مجال للدّفع الى الحاكم امّا فيما كان معيّنا فلدعوى صدق القبض حقيقه على دفع المال الى مالكه و تمكينه منه و ان امتنع عن اخذه مضافا الى انّ الحكم الشرعىّ المترتّب على قبض كلّ من العوضين و اقباضه لم يترتّب عليه بحيثيّه هذا العنوان ليكون المناط فى حصول استقرار التملّك و رفع الضّمان المعاوضى عنوان القبض و الاقباض بل المستفاد ممّا ورد فى باب البيع فى بيان ذلك كفايه الوفاء و اداء الدّين فالحكم يترتّب على الفعل الصّادر من مالك المعوّض بحيث لم يكن حاله منتظره لصدق عنوان القبض عليه الّا اختيار مالك العوض و من الواضح انّ هذا الفعل يختلف باختلاف الموارد و الحالات و لذا ابدل جماعه اشتراط القبض فى حصول الاستقرار باشتراط الاقباض معترضين على من عبّر باشتراط القبض بانّ المستفاد من الادلّه كفايه تحقّق الاقباض فى نقل الضّمان المعاوضى و ان لم يتحقّق معه القبض فانّ ظاهره كما ترى كفايه الفعل الّذى يصدق عليه الاقباض على تقدير اختيار الاخر و الّا فعنوان القبض و الاقباض متلازمان لا يعقل انفكاك احدهما عن الاخر كما فى مطلق الفعل و الانفعال و امّا فيما كان كليّا فى الذمّه فلانّ مقتضى ما دلّ على نفى الضّرر و الضّرار هو كون الاختيار فى

التّعيين بيد المالک الّذى يريد الاقباض و احتمال اشتراطه برضا من له الحقّ لا وجه له مع انّه قضيّه تمليک مالک الكلّى من حيث هو الّذى لا يمكن ايجاده فى الخارج و تحصيل البراءه منه وجوبا او جوازا الّا بايجاد فرد منه و دفعه الى من يملک الكلّى فى الذمّه و ان شئت قلت انّ تملّک الكلّى لا يقتضى التسلّط على الافراد و يجوز لمن عليه المال تحصيل براءه ذمّته و نتيجه هذا كون تعيين الكلّى و تشخيصه باختيار من هو فى ذمّته من دون اعتبار امر اخر اصلا و بالجمله اذا كان الاختيار بيده و مكّن صاحب الحقّ من ماله صدق القبض و قد ظهر ممّا ذكرنا عدم تماميّه القول بانّ الاصل عدم تعيين الثّمن للبائع حيث كان كليّا و اللّازم الاقتصار على محلّ الوفاق و هو الرّجوع الى الحاكم مع التمكّن منه بل الاصل و عدم الدّليل قاضيان بعدم وجوب الدّفع الى الحاكم مع حضور صاحب المال و تمكّنه من اخذه

فان قلت سلّمنا جميع ذلک و صدق القبض بالمعنى المشار إليه و تعيين الحقّ و استقرار الملكيّه بمجرّد تمكين الدّافع و لكنّ المفروض انّه مال مسلم محترم يتمكّن من ايصاله الى وليّه فيجب

قلت هذا عين الدّعوى لما عرفت من منع عموم الولايه و شمولها لصوره الامتناع

فان قلت سلّمنا براءه الذمّه بمجرّد تعيين من عليه الحقّ مع الامتناع فى الكلّى و ان امكن رفع الامر الى الحاكم و رفع الضّمان بالتّلف فى المعيّن و ان امكن دفعه الى الحاكم الّا انّه لا اشكال فى وجوب حفظ المال على من فى يده من باب قضيّه اللّطف و الحسبه نعم لو دفعه الى ذى الحقّ او الى مكان يتعلّق به او دسّه فى امواله ارتفع وجوب الحفظ عنه كما انّه لو دفعه الى محضر من المسلمين او اخبر جماعه منهم ارتفع الوجوب العينى عنه و وجب عليه الحفظ كفايه أيضا و من هنا ذكر الشّهيد الثّانى ره انّه لو دفع شخص ماله الى غيره ليحفظه و ينوب عنه وجب حفظه عليه و ان لم يحصل بمجرّد ذلک عنوان الوديعه و الامانه لانّ حفظ اموال النّاس واجب كفايه و على هذا فلو اراد التخلّص عن هذا الوجوب عينا او كفايه لا بدّ ان يدفعه الى الحاكم على تقدير قبوله

قلت لا دليل على وجوب حفظ مال الغير فى صوره علمه و امتناعه من الاخذ و كذا فى صوره دفع ماله الى شخص ليحفظه كما عليه الشّهيد الثّانى بل و كذا فى صوره ضياع مال شخص مع علم الغير به و اقتضاء اللّطف ذلک ممنوع بل هو تكليف ضررىّ فى اكثر الصّور و امّا ما دلّ على عموم حسن الحسبه و الاحسان فلا يجدى فى المقام لانّ القدر الثّابت منه هو استحباب ذلک لا وجوبه نعم لا اشكال فى وجوب الحفظ فى الامانات

الشّرعيه و المالكيّه لكنّه يرتفع فى الاوّل بمجرّد اعلام المالك و التّمكين من دفع ماله إليه و لو امتنع فلا يجب عليه الحفظ و فى الثّانى بمجرّد اخبار المالك بعدم الرّضا ببقاء الامانه عنده فتدبّر ثمّ انّه قد علم من مجموع ما ذكرنا انّه اذا امتنع الدّاين و من له الحقّ و تعذّر اجباره تعيّن العزل و مقتضى تعيين الكلّى فى فرد مخصوص هو بدليّته من الكلّى فى اصل الملكيّه و يكون نمائه للدّائن و تلفه عليه و لا يجوز للمديون التصرّف فيه خلافا لما تراه فى المتن من انّ اللّازم بعد التّعيين ليس الّا انتقال الحقّ من ذمّته و تعلّقه بالعين بمعنى انّه لو تلف وقع خسارته على من له الحقّ من دون ان يخرج الفرد عن ملك مالكه نظير حقّ المجنىّ عليه برقبه العبد الجانى لا كتعلّق حقّ المرتهن بالعين المرهونه حيث انّ تعلّقه بالعين لا يوجب رفع تعلّقه بذمّه الرّاهن و قد يؤيّد ذلك بما ذكره بعض فى باب الزّكاه من انّه لو عزل الزّكاه من المال و عيّن ما فى ذمّته فى ضمن فرد من جهه تعذّر دفعه الى الفقراء تعيّن حقّهم فيما عيّنه لكنّه لا يخرج عن ملك المالك بمجرّد ذلك بل هو باق فى ملكه و نمائه له و فيه أوّلا ما عرفت من انّ مقتضى نفى الضّرر سقوط اعتبار قبض الدّاين فى تملّكه و كون الاختيار فى التّعيين بيد المالك الّذى يريد الاقباض و كفايه تعيينه و عزله فى حصول الملكيّه و ثانيا انّ لازم انتقال الحقّ من الذمّه الى العين من دون خروجها عن ملك المديون خروج مال الدّاين عن ملكه بلا سبب شرعىّ فانّه كان مالكا للكلّى فى ذمّه المديون و قد خرج الكلّى عن ذمّته من دون ان يتعيّن فى الفرد المعزول و ثالثا ما ذكره بعض السّاده الاعاظم من انّ لازم تعلّق الحقّ بالمعزول أيضا عدم جواز تصرّف المديون فيه بعد ذلك اذ الحقّ مانع عن ذلك و دعوى انّ التصرّف لا يعدّ منافيا للحقّ حتّى يكون ممنوعا لانّ المفروض انّه موجب للعود الى الذمّه مدفوعه بانّ مجرّد هذا لا يسوّغ التصرّف مع انّه انّما يتمّ فى التصرّف بالاتلاف لا كلّ تصرّف الّا ان يقال انّ مطلق التصرّف مستلزم للعود الى الذمّه و فيه انّه لا وجه له انتهى و رابعا انّ هذا الوجه كالوجه الأخر من تقدير الدّخول فى ملك ذى الحقّ آنا ما قبل التّلف على خلاف الاصل و القاعده و نفى الضّرر لا يقتضى ذلك فلا دليل عليه اصلا فلا يمكن الالتزام به و قياس المقام بحقّ الجنايه مع الفارق كما هو واضح و لا اشكال فى صيروره المعزول للزّكاه ملكا للفقراء و يكون النّماء لهم و قد صرّح بذلك غير واحد بل لم ينقل فيه خلاف الّا عن الدّروس بانّه مال المالك مع انّه صرّح كغيره بعدم جواز الابدال الّذى لا يتمّ الّا بنقل

الملک اذ لا مانع منه بناء على عدم تحقّق القسمه المفيده للملک اللّهم الّا ان يدّعى ظهور لفظى الاخراج و العزل الواردين فى الاخبار بعد فرض عدم حصول الملک فى تعيين الدّفع بما عزله عن ماله بقصد الزّكاه و يمنع ما عن غير واحد من ايقاف عدم جواز الابدال على الملک و بهذا يمكن الجمع بين قول الشّهيد بعدم جواز الإبدال و بانّ النّماء للمالک و لكنّ الدّعوى ضعيفه جدّ الظهور الاخراج و العزل الواردين فى الاخبار المشار إليها فى القسمه و لا محيص ح عن كون النماء للفقراء و على ايّ حال فالمسأله فى باب الزّكاه مبتنيه على ما يستفاد من الاخبار الوارده فيها بخلاف المقام فانّه مبنيّ على القاعده

قوله (و عن السّرائر وجوب القبض على الحاكم

الفرق بين هذا و ما رجّحه فى جامع المقاصد انّ الاوّل يقول بوجوب القبض على الحاكم مط سواء رضى المديون بالصّبر و كون الثّمن باقيا فى ذمّته أم لا- و الثّانى يقول بجواز قبض الحاكم و لو مع امكان الاجبار فى خصوص ما اذا لم يرض المديون بالصّبر و استبعد الشّهيد فى الدّروس كلام السّرائر و هو فى محلّه لانّ وجوب القبض على الحاكم فرع ولايته و ولايته متفرّع على تعذّر تسلّم البائع و من الواضح انّ ذلک لا يكون الّا اذا تعذّر الاجبار على انّه اذا لم يسأله المديون و رضى بالصّبر فلا وجه لجواز قبضه الحاكم فضلا عن وجوبه عليه

قوله (عدم وجوب حفظه من التّلف لانّ شرعيّه عزله الخ)

وقع الاشاره الى هذا الوجه فى عباره جامع المقاصد حيث قال اذا امتنع المالک عن القبض و تعذّر الحاكم زال الضّمان عن الدّافع بالتّعيين لكن هل هو مشروط بالحفظ بمجرى العاده فيكون امينا أم لا فلا يكون الحفظ واجبا عليه لم اجد به تصريحا للاصحاب لكن قوّه التّأمل فى كلامهم تشهد للثّانى حيث اطلقوا نفى الضّمان عنه دفعا للضّرر و لو وجب الحفظ الدّائم لبقى الضّرر المحذور و الزم بالضّمان بالتّقصير فيه انتهى و ما احتمله من وجوب الحفظ مط يمكن استظهاره من عباره الشّرائع و غيرها ممّا قيّد فيه كون التّلف من البائع بعدم تفريط المشترى فى الحفظ قال بعض المحشّين و لعلّ وجهه انّه مال امرئ مسلم محترم فيجب حفظه على عامّه المسلمين و هو احدهم و اقربهم و تساهل المالک فى حفظ ماله لا يوجب ارتفاع حرمه ماله انتهى و يردّه ما قدّمناه

[مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرّح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن الحالّ، بل مطلق الدين، بأزيد منه]

قوله (فيلغى وجوب الحفظ فى الثّانى)

ليس هذا تفصيلا فى المسأله لانّ مع طرحه و القائه إليه لا يبقى موضوع للحفظ حتّى يبحث عن وجوبه و عدمه

قوله (فى عدم جواز تاجيل الثّمن الحالّ)

و مثله تاجيل الثّمن المؤجّل غير الحالّ باجل زائد فى مقابل الزّياده من دون فرق بين

جعل الزّائد فى مقابل الاجل او جعل مجموع المؤجّل فى مقابل المجموع الحالّ بان يقابل بين الثّمن الحالّ و ما يجعل مؤجّلا و من دون فرق بين ان يكون الدّين الحالّ و ما يجعل مؤجّلا من الجنس الرّبوى أم لا كما يدلّ عليه التّعليل المذكور فى المتن

قوله (عن ابن عبّاس انّه كان الرّجل من اهل الجاويّه)

هى بالواو و الياء المشدّده و جاوه صقع من اطراف مكّه معروف و لكن هذه اللّفظه فى مجمع البيان غير موجوده و الموجود فيه انّما هو لفظ منهم بدلها و السّهو واقع من بعض النّساخ و رايت فى بعض النّسخ هكذا كان الرّجل من اهل الجاهليّه

قوله (بل يدلّ عليه حسنه ابن ابى عمير او صحيحته

المرويّه فى الكافى و ترديد المصنّف ره بين كونها حسنه او صحيحه لاجل الاختلاف فى ابراهيم بن هاشم الواقع فى سند الرّوايه بين كونه من الثّقات او الحسان و عن ابن طاوس ره دعوى الاتّفاق على كونه من الثّقات

قوله (و يدلّ عليه بعض الاخبار الوارده)

كالموثّق بابن اسحاق و هو كالصّحيح لابن ابى عمير الّذى رواه الشّيخ ره عن محمّد بن اسحاق بن عمّار قال قلت لابى الحسن (ع) يكون لى على الرّجل دراهم فيقول اخّرنى بها و انا اربحک فابيع جبّه تقوّم علىّ بالف درهم بعشره آلاف درهم او قال بعشرين الف درهم و اؤخّره بالمال قال لا بأس و مضمر عبد الملک بن عتبه الّذى رواه الشّيخ أيضا قال سألته عن الرّجل يريد ان اعينه المال و يكون لى عليه مال قبل ذلک فيطلب منّى مالا ازيده على مالى الّذى لى عليه أ يستقيم ان ازيده مالا و ابيعه لؤلؤه تساوى مائه درهم بالف درهم فاقول له ابيعک هذه اللّؤلؤه بالف درهم على ان اؤخّر ثمنها و مالى عليک كذا و كذا شهرا قال لا بأس به و موثّق ابن عمّار الّذى رواه الشّيخ أيضا عن محمّد بن اسحاق بن عمّار قال قلت للرّضا (ع) الرّجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤه تساوى مائه درهم بالف درهم و يؤخّر عنه المال الى وقت قال لا بأس قد امرنى ابى (ع) ففعلت ذلک و زعم انّه سئل أبا الحسن عليه السّلام عنها فقال له مثل ذلک

قوله (مورد الاعتراض العامّه فى استعمال بعضها)

يشير الى الصّحيح المروىّ فى الكافى عن عبد الرّحمن بن الحجّاج قال سألته عن الصّرف الى ان قال فقلت له اشترى الف درهم و دينارا بألفى درهم فقال لا بأس بذلک انّ ابى كان اجرى على اهل المدينه منّى فكان يقول هذا فيقولون انّما هذا الفرار لو جاء رجل بدينار لم يعط الف درهم و لو جاء بالف درهم لم يعط الف دينار و كان يقول لهم نعم الشّى ء الفرار من الحرام

الی الحلال

قوله (و یدلّ علیه أیضا او یؤیّده بعض الاخبار)

کالمروی فی الفقیه عن اسحاق بن عمّار قال قلت لابی ابراهیم علیه السّلام الرّجل یکون له عند الرّجل المال قرضا فیطول مکثه عند الرّجل لا یدخل علی صاحبه منه منفعه فینیله الرّجل الشّی ء بعد الشّی ء کراهه ان یأخذ ماله حیث لا یصیب منه منفعه یحلّ ذلک له فقال لا بأس اذا لم یکونا شرطا و المرویّ فی الکافی عن اسحاق بن عمّار عن ابی الحسن (ع) قال سألته عن الرّجل یکون له مع رجل مال قرضا فیعطیه الشّی ء من ربحه مخافه ان یقطع ذلک عنه فیاخذ ماله من غیر ان یکون شرط علیه قال لا بأس بذلک ما لم یکن شرط

قوله (و ظهر أیضا انّه یجوز المعاوضه اللّازمه الخ)

ای ظهر جواز اشتراط التّأجیل بالزّیاده فی عقد لازم من الاخبار الثّلاثه المذکوره و هی الموثّقان و مضمر عبد الملک و هذه احدی المسألتین المشار إلیهما فی المتن و لم یساعده الزّمان علی الوفاء بما اراد ره و علی ایّ حال یجوز ان یبیع الدّاین شیئا من المدیون بتلک الزّیاده بعقد لازم و یشترط فی ضمنه تاجیل ذلک الحالّ سواء اشترط تاجیل ثمن المبیع مضافا الی تاجیل السّابق أم اشترط تاجیل السّابق فقط و استظهر جماعه عدم الخلاف فی ذلک فکما یجوز اشتراط تاجیل الحال فی ضمن عقد لازم من غیر زیاده یجوز اشتراط ذلک مع الزّیاده و استدلّوا علی ذلک مضافا الی عمومات الوفاء بالعقود و الشّروط بالاخبار المذکوره و لا یعارضها سوی ما رواه الشّیخ ره فی التّهذیب عن یونس الشّیبانی قال قلت لابی عبد اللّه علیه السّلام الرّجل یبیع البیع و البائع یعلم انّه لا یسوی و المشتری یعلم انّه لا یسوی الّا انّه یعلم انّه سیرجع فیه فیشتریه منه قال فقال یا یونس انّ رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم قال لجابر بن عبد اللّه کیف انت اذا ظهر الجور و اورثتم الذلّ قال فقال له جابر لا بقیت الی ذلک الزّمان و متی یکون ذلک بابی انت و أمّی قال اذا ظهر الرّبا یا یونس و لهذا الرّبا فان لم تشتره منه ردّه علیک قال قلت نعم قال فقال علیه السّلام لا تقربنّه و لا تقربنّه و لکنّه مضافا الی قصور سنده و وهنه باعراض الاصحاب عنه محمول علی الکراهه او التقیّه و لقد احسن المولی الفیض ره حیث حمله فی الوافی علی صوره عدم القصد الی النّقل حقیقه فقال لا منافاه بین هذا الخبر و الاخبار المتقدّمه لانّ المتبایعین هاهنا لم یقصدا البیع و لم یوجباه فی الحقیقه و هناک اشترط ذلک فی جوازه انتهی و امّا المسأله الثّانیه و هی جواز تعجیل ثمن

المبيع المؤجّل و سائر الحقوق الماليّه المؤجّله بتنقيص من المؤجّل مع التّراضى من دون فرق بين ان يكون ذلک بالابراء او الصّلح فالظّاهر عدم الخلاف فيه و استدلّوا على ذلک بطائفه من الاخبار منها حسنه ابن ابى عمير المذکوره و منها ما رواه الشّيخ عن ابان عمّن حدّثه عن ابى عبد اللّه عليه السّلام قال سألته عن الرّجل يکون له على الرّجل الدّين فيقول له قبل ان يحلّ الاجل عجّل لى النّصف من حقّى على ان اضع عنک النّصف أ يحلّ ذلک لواحد منهما قال نعم و منها ما رواه الکلينى عن زراره عن ابى عبد اللّه (ع) و رواه الشّيخ عن الحلبى عنه عليه السّلام قال سألته عن رجل اشترى جاريه بثمن مسمّى ثمّ باعها فربح فيها قبل ان ينقد صاحبها الّذى هى له فاتاه صاحبها يتقاضاه و لم بنقد ماله فقال صاحب الجاريه للّذين باعهم اکفونى غريمى هذا و الّذى ربحت عليکم فهو لکم قال لا بأس و الاولى الاتيان بصيغه الصّلح او التّصريح بالبراءه او الاسقاط و العفو و ان کان الاقوى الاکتفاء بمعاطاه الصّلح بل قد يستظهر من الاخبار الاکتفاء بالتّراضى من غير حاجه الى الابراء او الصّلح

[مسأله إذا ابتاع عيناً شخصيّةً بثمنٍ مؤجّلٍ جاز بيعه من بائعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده بجنس الثمن و غيره]

قوله (اذا ابتاع عينا شخصيّه بثمن مؤجّل)

تخصيص البحث بالعين الشّخصيه کما خصّص بها فى الجواهر أيضا من جهه انّ ما عبّر به جماعه فى المقام و هو انّه اذا باع شيئا ثمّ اشتراه منه جاز ذلک يشمل ما عدّه المشهور من بيع الدّين بالدّين و منعوا عنه و ذلک لانّ قولهم اذا باع شيئا ثمّ اشتراه يشمل عندهم ما اذا کان المبيع فى البيعين کليّا و کان البيعان نسيئتين و وقع البيع الثّانى قبل حلول الاجل فانّ البيع الثّانى يکون بيع دين بدين کما اذا باع قفيزا من حنطه بدرهم نسيئه ثمّ اشتراه منه قبل مجى ء الاجل بدرهم الى مدّه کذا فانّ القفيز صار بالعقد الاوّل دينا على البائع لعدم اشتراط الاجل فى الدّين فانّه ينقسم الى حالّ و مؤجّل فاشترى البائع هذا الدّين بما صار دينا بشرائه و هو الدّرهم بناء على انّه يکفى فى صدق بيع الدّين بالدّين کون احدهما دينا قبل العقد و ان صار الاخر دينا بعد العقد و من ذلک يعلم انّه لا يختصّ الاشکال الوارد على تعبيرهم بکون البيعين نسيئتين بل يتصوّر فى النّقدين أيضا الّا انّ صدقه مع کون البيع الثّانى نسيئه اظهر الّا ان يقال انّ اطلاق کلماتهم بجواز بيع شى ء ثمّ شرائه بقرينه منعهم عن بيع الدّين بالدّين منزّل على ما اذا کان

المبيع شخصيّا و ليعلم انّ هـذا بناء على ما ذهب إليه جماعه و الّا فقـد مرّ انّ هـذا ليس من بيع الدّين بالدّين و انّه مخصوص ببيع دين سابق على العقـد بـدين كـذلك ثمّ انّ بعض الاعلام افاد فى بيان ما اذا باع شـيئا ثمّ اشتراه منه انّ له صورا عديده لانّ المبيع امّا كلّى او شـى ء معيّن و كذلك الثّمن و على كلّ منها فامّا ان يبيع نقدا او نسـيئه او بعضه نقدا و بعضه نسيئه و على كلّ منها ان يشترى نقـدا او نسـيئه او مركّبـا منهمـا و على الجميع امّا ان يشترى بجنس الثّمن الاوّل الّـذى باع المبيع به او بغيره او بهما و على الجنسيّه امّا يشترى بمقـدار ما باعه او باقلّ منه او باكثر و على تقدير كون البيع الاوّل بجميعه او بعضه نسـيئه و كذا الشّـراء الثّانى امّـا ان يكون الاجلاـن متساويين او اجل البيع اطول او بالعكس و على تقـدير كون البيع الاوّل مؤجّلا امّا يبيع قبل انقضاء اجله او بعـده و على جميع التّقـادير فامّـا ان يكون البـائع قـد شـرط فى البيع الشّـراء الثّانى او لا و الشّـرط أيضا له اقسام لانّه امّا ان يكون مـذكورا بلفظه او بـاداته او بحكم المـذكور كاشاره الى مكتوب فيه ذلك و نحو ذلك او لا يكون مـذكورا بل انّما كان بناؤهما عليه فمرّه يوقعان العقـد عليه بطريق جعله قيـدا له كالمذكور باللّفظ الصّـريح و مرّه يكون ذلك بمجرّد بناؤهما عليه و لم يأخذاه قيـدا او شـرطا و مرّه يحصـل الغفله و النّسـيان عمّـا بنيا عليه من الشّـرط فيوقعان العقـد بطريق الاطلاق لكن لو نبّها الشـرط و على جميع التّقادير فالشّرط قد يكون شرط سبب كاشتراط ان يبيعه منه بعد شرائه و قد يكون شرط غايه كان يشترط عليه كون المبيع ينتقل من المشترى إليه بعد انتقاله منه إليه

قوله (فى صحيحه يسار بن يسار)

الصّحيح فى الاوّل و هو الرّاوى بشار بن يسار بالباء الموحّده ثمّ الشّين المعجمه

قوله (و روايه الحسين بن منذر)

العينه المـذكوره فى الرّوايه هى بـالعين غير المعجمه المكسوره و اليـاء السّاكنه و النّون المفتوحه مخفّفه و الهاء المنقلبه عن تاء و قد تقدّم تفسيرها فى حكم الشّرط الفاسد

قوله و فى دلالتها نظر)

لانّ طعاما فى قوله خذ منّى طعاما نكره و ظاهرها انّه لا يقتضى كونه عين الطّعام الاوّل

قوله (و حكى عن بعض ردّها بعدم الدّلاله)

فانّ الظّاهر منها انّ السّائل طمع ان يرخّص له فى اخذ عين طعامه الّذى دفعه إليه من دون وقوع معامله جديده فلم يرخّص له لانّه لا يستحقّ الّا الدّراهم الّا ان يأخذ الطّعام بالشّراء بسعر يومه بل الرّوايه ادلّ على الخلاف فانّ صدره صريح

فی جواز الشّراء منه و حمل الصّدر علی طعام اخر غیر ما باعه فیکون مورد الجواز خارجا عن محلّ النّزاع کما ظنّه الرّاوی مندفع بانّ هذا لا یلائم قول الرّاوی رخّص لی فرددت علیه الخ الّا ان یقال انّه اراد رخّص لی بالإطلاق الشّامل لطعامه و فیه ح لزوم التّناقض بالتّرخیص فی الصّدر و لو بالإطلاق و المنع فی الذّیل ثمّ لو اغمضنا عمّا ذکرنا من الظّهور و قلنا بانّ الصّدر و الذّیل کلیهما واردان مورد الشّراء فالصّدر صریح فی جواز الشّراء منه و لا بدّ ح من حمل الذّیل علی الکراهه هذا کلّه مضافا الی القدح فی السّند بالقاسم بن محمّد فانّه رجل مجهول و اختصاص موردها بالطّعام و عدم انطباقها علی مذهب الشّیخ فانّها بإطلاقها یشمل ما لو کان الثّمن زائدا او ناقصا او مساویا

قوله (لا یظهر من روایه خالد دلاله علی مذهب الشّیخ)

مع انّه لا دلاله علی کون الشّراء بالزّیاده او النّقیصه و لا علی کون الشّراء بجنس الثّمن و یستدلّ أیضا لقول الشّیخ بروایه الحلبی قال سئل ابو عبد اللّه علیه السّلام عن رجل اشتری ثوبا ثمّ ردّه علی صاحبه فابی ان یقبله الّا بوضیعه قال لا یصلح له ان یأخذه فان جهل و اخذه باکثر من ثمنه ردّ علی صاحبه الاوّل ما زاد و فیه أوّلا انّها ظاهره فی انّ المشتری اراد الاقاله فلم یرض البائع الّا بوضیعه و نهی الامام (ع) عن ذلک و لا خلاف و لا اشکال فی بطلان الاقاله بالنّقیصه او الزّیاده و ثانیا لو ارید منها الاخذ بالشّراء فالنّهی محمول علی الکراهه بقرینه لا یصلح فی ذلک علی انّ ذیله فی غایه الاجمال هذا کلّه مضافا الی انّ الرّوایات الثّلاث موهونه باعراض المشهور عنها

قوله (و امّا الحکم فی المستثنی)

و هو عدم جواز الشّراء و قد مرّ الکلام فی الجواب عن الدّور فی الشّرط السّابع من شروط صحّه الشّرط فراجع

قوله (و قد یردّ دلالتها)

الردود الثّلاثه لصاحب الجواهر

قوله (و فیه ما لا یخفی)

الظّاهر انّه إشاره الی ظهوره فی الحرمه و الفساد و لکنّ العجب من المصنّف قدّس سرّه صرّح فی غیر موضع بانّ البأس اعمّ من الحرمه و الکراهه

قوله (و فیه انّ الحرمه المستفاده من البأس)

الظّاهر انّ الحرمه اعمّ من الفساد و العجب انّه قال فی غیر موضع بعدم دلاله البأس علی الحرمه و یدّعی هنا انّ الحرمه المستفاده منه دالّه علی الفساد

قوله (و امّا روايه علىّ بن جعفر فهى اظهر)

تمسّک بهذه الرّوايه أيضا فى الحدائق و الكفايه

[القول فى القبض]

[و النظر فى ماهيّته، و وجوبه، و أحكامه يقع فى مسائل]

[مسأله اختلفوا فى ماهيّه القبض فى المنقول]

اشاره

قوله (اختلفوا فى ماهيّه

القبض)

لمّا كان القبض من الموضوعات الّتى يترتّب عليها احكام كثيره ككون التّلف قبله من البائع و بعده من المشترى و اشتراط خيار التّأخير بعدمه و اشتراطه فى صحّه الهبه او لزومها و كذلك بيع الصّرف و السّلم بالنّسبه الى الثّمن و الوقف و الوصيّه و اشتراطه فى جواز بيع ما اشتراه بدونه و ثبوت التّحريم او الكراهه مع عدمه و فى مقام تشخيص ما فى الذمّه الى غير ذلك تصدّى الاصحاب لبيان ماهيّته و معناه و اختلفت عباراتهم فى ذلك فى المنقول بعد اتّفاقهم على كفايه التّخليه فى غيره بما يفضى بحسب ظواهرها الى اقوال ثمانيه و ما يمكن ان يتمسّك به للقول الاوّل لزوم الاشتراك او المجاز لو اريد غير التّخليه فى المنقول بعد الاتّفاق على ارادتها فى غيره و المراد بها رفع اليد و جميع الموانع عن سلطنه القابض و استيلائه على المبيع و فيه انّها فعل البائع فى مقام الاقباض و القبض و التسلّم فعل المشترى و للقول الثّانى امّا كفايه النّقل فللصدق العرفى و امّا اعتبار الكيل او الوزن فى خصوص المكيل و الموزون فلصحيحه معاويه بن وهب و غيرها المذكوره فى المتن و ذهب الى هذا القول جماعه و قد ينسب الى المشهور و فيه انّ اعتبار الشّارع الكيل و الوزن ان كان لكونهما قبضا فى المكيل و الموزون فمن الواضح انّهما يصدران غالبا من البائع فى مقام الاقباض و ما يكون فعلا للبائع لا يصحّ ان يكون فعلا للمشترى و هو قبضه و تسلّمه فلا اقلّ من القول بالتّفصيل بين ما لو صدرا من البائع او المشترى و ان كان لدفع المنع تحريما او كراهه عن بيع ما لم يقبض فى خصوص الطّعام او مطلق المكيل و الموزون ففيه مضافا الى كونه خارجا عن فرض كونهما قبضا فى المكيل و الموزون انّه مناف للاجماعات المحكيّه على جواز البيع بعد القبض فالمتّجه حمل الرّوايات على الغالب ممّا يترتّب عليهما من القبض الّذى هو فعل المشترى و للقول الثّالث فعلى اعتبار الكيل و الوزن فيما يعتبر فى بيعه ذلك صحيحه معاويه بن وهب مع الحاق المعدود بالمكيل و الموزون نظرا الى الحاقه بهما فى عدم صحّه بيعه بالمشاهده و انّه لا بدّ من اعتباره و على اعتبار النّقل فى الحيوان و الوضع فى اليد فى الثّوب العرف و روايه عقبه بن خالد الآتيه فى احكام القبض و فيه ما عرفت من الكلام فى الصّحيحه و غيرها و الحاق المعدود بالمكيل و الموزون قياس و قضاء العرف بالفرق بين الحيوان او غيره ممنوع و للقول الرّابع بعد الاجماع المدّعى فى محكىّ الغنيه المعتضد بالشّهره المحكيّه فى الجمله فهم العرف لانّه المرجع فيما لم يرد فى تعريفه نصّ من الشّرع و فيه ما نرى بالعيان من صدق القبض عرفا أيضا بما دون النّقل كالاخذ باليد و نحوه و للقول الخامس قضاء العرف و دعوى

الشّهره كما ستسمعه و فيه منع الشّهره و منع انطباق العرف على ما قالوا باعتبار التّناول فى قبض ما يتناول و النّقل فى قبض ما يحوّل و الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون و للقول السّادس بفهم العرف و قضائه و فيه ما عرفت و لا يخفى انّ ما ذكره فى المسالك هنا لا يكاد يتمّ مع ما ذكره عقيب ذلك بعد ذكر فروع كثيره بقوله و التّحقيق انّ الخبر الصّحيح دلّ على النّهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما لا- على انّ القبض لا يتحقّق بدونهما الخ ما سينقله فى المتن و للقول السّابع ما ذكره فى المختلف من الجمع بين العرف الّذى هو المرجع فيما لا- نصّ فيه من الشّرع مؤيّدا بروايه عقبه بن خالد عن الصّادق (ع) و صحيحه معاويه بن وهب و فيه ما مرّ فى دفع القول الثّانى و للقول الثّامن امّا على انّ التخليه قبض بالنّسبه الى انتقال الضّمان الى المشترى فهو دليل القول الاوّل و امّا انّها ليس بقبض بالنّسبه الى النّهى عن بيع ما لم يقبض فاستصحاب المنع الى ان يحصل اليقين بالجواز باستيلاء باليد او النّقل و لعلّ هذا التّفصيل كما سيجى ء فى المتن يكون اختلافا فى مناط الحكمين لا فى تسميه قبضا فليس قولا خاصّا فى ماهيّه القبض و يشهد لهذا استبعاد كونه قولا فى معنى القبض بعد ما اختار قبل هذا بلا فصل ما نقله المصنّف فى القول الثّالث من عباره الدّروس الّا انّه يتوجّه السّؤال ح بانّ التخليه ان كانت قبضا فقد حصل المجوّز للبيع لدعوى العلّامه فى المختلف فى مسئله القبض و حقيقته بعد نقله لروايه معاويه بن وهب وقوع الاجماع على تسويغ بيع الطّعام بعد قبضه و ممّن نقل الاجماع على ذلك أيضا الفاضل الجواد فى محكيّ شرح اللمعتين و ان لم يكن قبضا لم يتحقّق نقل الضّمان بحكم النّبوى كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ثمّ انّ الاقوى هو القول التّاسع و هو ما افاده المصنّف ره و حاصله انّ ماهيّه القبض و معناه فى جميع موارده هو الاستيلاء و السّلطنه العرفيّه على الشّى ء و قيامها بذات المشترى بعد ان كانت قائمه بذات البائع مثلا بحيث لو لم يكن مالكا او مأذونا من المالك لكان غاصبا من غير مدخليّه لمماسّه اليد او فعل الجوارح فى ماهيّته و اعتبار العرف لشى ء من ذلك انّما هو لكونه كاشفا عن حصوله و أماره عليه فالنّقل او الكيل او مماسّه اليد مثلا اسباب لحكم العرف بحصول القبض لا- انّها نفسه فلو حصلت التّخليه التامّه الّتى هى بمنزله الاقباض من البائع مثلا- مع قبولها من المشترى تحوّلت تلك السّلطنه من البائع الى المشترى و قامت بذاته قيام الصّفه بالموصوف و من المحتمل جدّا انّ اختلاف عبارات

الاصحاب فی بیان القبض فیما سوی من اعتبر الکیل و الوزن فی المکیل و الموزون لیس لاجل اختلافهم فی معناه بل هو اختلاف فی التّعبیر عن الکواشف و یشهد له تمسّک کلّ منهم الی العرف و بالجمله القبض للمبیع هو فعل للقابض و هو المشتری و لیس ذلک الّا سلطنته علیه و حیث انّ القبض و الاقباض لیسا کالکسر و الانکسار فلا بدّ من مراعات ادلّه الاحکام و التّفکیک بین ما یترتّب علی فعل البائع و ما یترتّب علی فعل المشتری

قوله (و نسب عباره الشّرائع الرّاجعه الی ما فی المبسوط الی المشهور)

قال فی الشّرائع و القبض هو التّخلیه سواء کان المبیع ممّا لا ینقل کالعقار او ممّا ینقل و یحوّل کالثّوب و الجوهر و الدابّه و قیل فیما ینقل القبض بالید او الکیل فیما یکال او الانتقال به فی الحیوان و الاوّل اشبه ه و النّاسب هو ابن فهد ره حیث قال فی المهذّب البارع بعد نقل عباره الشّرائع و نسبته الی القیل انّه المشهور بین الاصحاب و فی محکیّ غایه المرام و إیضاح النّافع و المقتصر أیضا نسبه هذا القول الی المشهور

قوله (و ان فسّرت برفع جمیع الموانع و اذن المشتری)

الواو فی و ان فسّرت وصلیّه و اراد بذلک الاشاره اجمالا الی تفسیر التّخلیه و هی لغه بمعنی التّرک فی القاموس خلّی الامر و تخلّی منه و عنه ترکه انتهی و لا اشکال انّها فی عباره الفقهاء فی المقام عباره عن رفع البائع جمیع ما یمنع المشتری عن قبض المبیع و هل یعتبر فیها غیر رفع المانع امر اخر الحقّ نعم و هو اذن المشتری ای اعلامه و عن الغنیه انّ التّخلیه امر اخر غیر رفع المانع ه و الظّاهر انّه اراد من ذلک ما یعتبر فی فعل البائع من الاذن و الاعلام بعد رفع المانع

قوله (فنقول امّا رفع الضّمان)

تلف المبیع قبل القبض یکون من مال بایعه امّا من جهه الشّرط الضّمنی و امّا من جهه التعبّد فعلی الاوّل لا اشکال فی کفایه التّخلیه فی انتقال الضّمان الی المشتری لانّ البائع اذا رفع موانع قبض المشتری و خلّی بینه و بین المبیع فقد فعل ما علیه و برئ من الضّمان و ان لم یقبضه المشتری و لا یبقی مجال للشّک حتّی یجری استصحاب الضّمان لانّ الاشتراط یرجع الی ما هو فعل المشروط علیه و قد فعل ذلک و علی الثّانی بان یکون المستند النبوّی المعروف و روایه عقبه بن خالد فهما بظاهرهما متعارضان و لا بدّ من حمل احدهما علی الاخر کما افاده فی المتن و مع عدم التّرجیح یتساقطان و یرجع الی اصاله بقاء ضمان البائع فی مورد الشّک و هو ما لو وقع التّخلیه و لم یتحقّق القبض الّذی هو فعل المشتری و ربما یتوهّم الحکم بلزوم العقد للشّک فی عروض الفاسخ له او فاسخیّه العارض و الجواب انّ الشّک فی عروض الفاسخ مسبّب عن الشّک فی حصول

القبض و عدمه لعدم تعقّل القبض بعد التّلف و اصاله عدم تحقّق القبض محكّمه على اصاله لزوم العقد لا يقال سبب الضّمان هو التّلف المعنون بكونه قبل القبض لا المعنون بعدم القبض بعده و اصاله عدم القبض لا تثبت عنوان كون التّلف قبل القبض فانّه يقال القبليّه بالنّسبه الى بعديّه الغير له غير معقول لانّ القبض بعد التّلف من قبض المعدوم و هو محال فمعنى تلفه قبل القبض تلفه بلا قبض و بالجمله مع الشّك ليس المرجع الّا اصاله عدم القبض الّا انّ دعوى كفايه التّخليه فى انتقال الضّمان الى المشترى و لو قلنا بانّ الحكم للتعبّد غير بعيد فانّ ظهور روايه عقبه فى اناطه الحكم بالتّخليه اقوى من ظهور النبوّى فى خلافه فلو سلّم ظهوره فى اناطه الحكم بحصول الفعل من المشترى يحمل على ذكر ما هو مقارن غالبىّ للتّخليه بقى شى ء و هو انّ ما افاده ره من وقوع التّعارض لظهور روايه عقبه بن خالد فى اناطه الحكم بالتّخليه مبنىّ على قراءه يقبض بضمّ حرف المضارعه لا بفتحها و جعل فاعل يخرج راجعا الى البائع دون المشترى و الّا فالرّوايتان متّحدتان فى اناطه الحكم بما هو فعل المشترى و قراءه الفتح فى غايه الضّعف

[فروع]

[الأولى لو باع دارا او سفينه مشحونه بامتعه البائع]

قوله (لو باع دارا او سفينه مشحونه بامتعه البائع)

هنا مسائل الاولى هل يعتبر اذن النّاقل فى قبض ما انتقل عنه مط او لا كذلك او يفصّل و الحقّ بعد القول بعدم الاعتبار مط فى ارتفاع الضّمان عن البائع هو التّفصيل فيعتبر الاذن فيما يشترط فى صحّته او لزومه القبض كالوقف و الهبه و الصّرف و السّلم و كذا فيما يشترط فى استقرار لزومه كما فى البيع قبل انقضاء ثلاثه ايّام و كذا فيما توقّف تعيّن ما وقع عليه العقد على دفعه كما فى بيع الكلّى عند دفع فرد منه و لا يعتبر فى غير ذلك الّا اذا لم يقبض هو بعد ما انتقل إليه من العوض و الوجه فى اعتبار الاذن فى الثّلاثه المذكوره امّا الاوّل فلانّ القبض ح بمنزله جزء العقد المتوقّف حصول التملّك او اللّزوم عليه فكما يعتبر رضا المالك بالعقد و صدوره عن رضاه او لحوق رضاه به بعد ذلك فكذلك يعتبر فى الجزء الاخر و منه يظهر وجه الاعتبار فيما يشترط لزومه به بل ظاهر اخبار المسأله هو بطلان البيع بعد الثّلاثه مضافا الى انّ ظاهر ادلّه القبض كونه باذن النّاقل كما صرّح به فى محكىّ الرّياض فى باب الهبه نعم لو قبض بغير اذن ثمّ رضى النّاقل فيبنى على جريان الفضولى فى الايقاعات و الظّاهر الجريان و امّا الاخير فلانّ المشترى لا يملك فى ذمّه النّاقل الّا الكلّى و قد سبق انّ تعيّنه فى ضمن الفرد لا يحصل الّا بتعيين النّاقل و الاصل عدم تعيّن ما وقع عليه العقد فى الفرد الّا باذن النّاقل الثانيه لو كان المبيع مشغولا بامتعه البائع فامّا ان يكون منقولا او

غير منقول و على الاوّل فامّا ان يعتبر النّقل فى قبضه او تكفى التّخليه او الاستيلاء و على التّقادير فتاره اذن البائع فى نقل المتاع و اخرى لم يأذن فى ذلك امّا مع اذنه فى نقله فلا اشكال فى حصول القبض مط بعد حصول ما هو معتبر فيه منقولا كان كالصّندوق او غير منقول كالدّار قال فى التّذكره لو باع دارا او سفينه مشحونه بامتعه البائع و مكّنه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان الى مكان كان قبضا ه و امّا مع عدم اذن البائع فى نقل المتاع مع كونه اذنا فى قبض المبيع او كان اذنه غير معتبر لوصول الثّمن إليه ففى تحقّق القبض قبل تفريغه و ترتّب جميع احكامه عليه بالاستيلاء عليه او نقله بما فيه ان كان منقولا و اعتبرنا النّقل فيه او عدمه كذلك او ترتّب نقل الضّمان عن البائع دون غيره من الاحكام لعدم كونه قبضا تامّا وجوه و احتمالات قوىّ اوّلها فى الجواهر حيث قال و لو كان المبيع مشغولا بملك البائع فان كان منقولا كالصّندوق المشتمل على امتعه البائع كفى فى قبضه على المختار حصول تلك السّلطنه عليه و لو قبل تفريغه بل لو اعتبرنا نقله و نقله المشترى بالامتعه كفى فى نقل الضّمان و غيره حتّى مع عدم اذن البائع فى نقل الامتعه بعد ان يكون اذنا فى المبيع او كان اذنه غير معتبر لوصول الثّمن إليه اذ الاثم فى ذلك لا ينافى صحّه القبض و ترتّب احكامه عليه و احتمل فى لك توقّفه فضلا عن غيره من احكام القبض على اذن البائع فى نقل الامتعه و فيه من الضّعف ما لا يخفى و ان كان غير منقول فلا ريب فى تحقّق التّخليه قبل نقل الامتعه فيكتفى بها و احتمل فى لك عدم الاكتفاء بها قبل النّقل أيضا و هو اضعف من سابقه انتهى و ينظر فيما افاده ره من عدم مانعيّه الاثم لتحقّق القبض و ترتّب احكامه عليه الى انّ النّهى لا يدلّ على الفساد فى المعامله و ان اتّحد العنوان المحرّم معها فى الوجود و لكنّ الاقوى عندى هو التّفصيل بين ما كان اذنا فى قبض المبيع و ما كان اذنه غير معتبر لوصول الثّمن إليه ففى الاوّل المنع من حصول القبض و ترتّب احكامه عليه لعدم تحقّق الاستيلاء و السّلطنه او التّخليه الّتى قد عرفت انّ معناها رفع جميع الموانع الّتى منها المانع الشّرعى لكونه مستلزما للتصرّف فى مال الغير بغير اذنه و لو كان منقولا و اعتبرنا النّقل فيه لانّ اعتبار النّقل اعتبار للتّخليه و زياده نعم اذا فرّغه المشترى تحقّق القبض بعده و ان اثم فى ذلك و هذا كما افاده العلّامه ره فى المختلف فى باب الهبه فيما لو كان المنقول مشتركا بين النّاقل و غيره حيث جعل صوره عدم اذن الشّريک من قبيل ما لا ينقل لانّ المانع الشّرعى من النّقل كالمانع العقلى فى العقار و فى الثّانى حصوله لانّ التّفريغ كما سيأتى ح

واجب على النّاقل و يحرم عليه الانتفاع بمال الغير و تعطيله عن الانتفاع به حتّى لو امتنع من ذلك فرّغه المشترى و ان لم يأذن النّاقل بالتصرّف فى ماله فانّه مالك و له رفع موانع تصرّفه فى ملكه و بالجمله ليس فى القسم الثّانى مانع شرعىّ عن استيلائه و سلطنته على ماله الّا اذا كان فى التّفريغ ضرر على النّاقل و ممّا ذكرنا يعلم حكم ما لو باع بعض الجمله مشاعا او معيّنا بحيث لا يمكن قبض المبيع منه الّا بالتصرّف فى الجميع الثّالثه عن المسالك تبعا لما فى المتن عن التّذكره لو كان المبيع فى مكان لا يختصّ بالبايع كفى فى المنقول نقله من حيّز الى حيّز و ان كان فى مكان يختصّ به فان نقله فيه من مكان الى اخر باذنه كفى أيضا و ان كان بغير اذنه كفى فى نقل الضّمان خاصّه انتهى و لا يخفى انّ هذا مبنىّ على اعتبار النّقل فى المنقول و عليه فيتوجّه السّؤال عليهما من حيث الفرق بين المكان المختصّ بالبايع و غيره و على المختار من انّ القبض هو السّلطنه و الاستيلاء فالقبض تابع لحصول هذا الامر و من الواضح اختلافه بحسب الموارد الرّابعه لو كان المبيع بنفسه مشتركا بين النّاقل و غيره فعلى المختار كفى فى تحقّق القبض حصول السّلطنه و الاستيلاء للمشترى على نحو كان للنّاقل سواء كان منقولا او غيره و كذا على القول بكفايه التّخليه فيهما لتحقّق التّخليه المطلوبه من المالك و على القول باعتبار النّقل فى المنقول و كان المبيع المشترك منقولا فمع اذن الشّريك لا اشكال فانّ المفروض حصول ما هو معتبر فى فعل النّاقل من رفع الموانع فى ملكيّه المشترى للمال المشترك و المنع من التصرّف من جهه الشّركه لا ينافى الملكيّه بالاشاعه و مع عدمه بان كان غائبا او ممتنعا فقد يق بكفايه التّخليه ح فى تحقّق القبض إلحاقا له بغير المنقول كما عن المختلف فى باب الهبه و الحقّ انّه ان امكن القسمه و رضى الشّريك بها فلا يحصل القبض بغير اذنه و ان لم يرض او لم يمكن رفع المشترى امره الى الحاكم لانّ القسمه و القبض يستلزمان التصرّف فى مال الغير قطعا و هو لا يجوز الّا باذنه او باذن وليّه و للحاكم ح ان يجبر الشّريك على احد الامرين من القبض و القسمه و ليس للحاكم اجباره على خصوص القبض او يقبض الحاكم جميع المال بعضه امانه و بعضه عن المشترى و اذا تضرّر الشّريك بالقبض و القسمه فلا يجوز تقديم حقّ المشترى على حقّه و تجويز حصول الضّرر على الشّريك لمنفعه المشترى بل كانت المسأله من باب تزاحم الضّررين و لا بدّ ح من اختيار اخفّهما و اقلّهما و مع التّساوى فمقتضى القاعده التّخيير لا الرّجوع الى

سائر القواعد لوضوح انّها تكون من باب تزاحم الحقّين لا من تعارض الدّليلين و ممّا ذكرنا يعلم حكم ما لو باع متاعا فى صندوق و كان الصّندوق لاجنبىّ و توقّف قبض المتاع على التصرّف فيه الخامسه لو باع ما هو غير منقول كالدّار مع ما فيها من المنقول صفقه فالظّاهر كفايه التّخليه فى قبض المجموع ح و لو قلنا باعتبار النّقل فى المنقول لانّ قبض الدّار قبض لها بما فيها عند العرف و قد يقال بلزوم النّقل فى خصوص ما فيها و ان كانت التّخليه كافيه فى قبض الدّار و ما يشبهها ممّا كان غير منقول

[الثانی: قال فی المسالک: لو کان المبیع مکیلًا أو موزوناً]

قوله (ثمّ الظّاهر انّ مراد المسالك ممّا نسبه)

ما افاده المصنّف ره من انّه ليس فى كلامهم ما يدلّ على انّ الشّى ء الشّخصى المعلوم كيله او وزنه وجب كيله مرّه اخرى فى غايه المتانه الّا انّ دعوى الشّهيد الثّانى تصريحهم بذلك يقرّب احتمال عثوره على كلام لهم فى بعض منشوراتهم غير ما نقله المصنّف و على ايّ حال فالأقوى ما أفاده الأردبيلى و المصنّف طاب ثراهما

[القول فی وجوب القبض]

[مسأله یجب علی کلٍّ من المتبایعین تسلیم ما استحقّه الآخر بالبیع]

قوله (يجب على كلّ من المتبايعين تسليم الخ)

لا اشكال فى انّ اطلاق العقد يقتضى وجوب تسليم العوضين كما انّه يقتضى النّقد على حسب ما مرّ و به صرّح الاصحاب و ظاهرهم انّه اقتضاء عقدىّ منشأه الفهم العرفى من اطلاق العقد و قد قرّره الشّارع بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حيث اوجب الالتزام بجميع ما يقتضيه كلّ عقد وضعا او انصرافا و من هنا ترى انّ من يريد التّأخير يشترط ذلك فى العقد و لا يوقعه على وجه الاطلاق و هذا اقوى شاهد على انّه لو لا الاشتراط لم يجز التّأخير هذا مضافا الى الاجماع و الى دلاله موثّق عمّار بن موسى الّذى مرّ ذكره فى أوّل مسئله النّقد لانّه يفهم من كونه نقدا انّه يجب الدّفع الى مالكه و الى انّ وجوب التّسليم من احكام دفع اموال النّاس إليهم فانّ بالعقد ينتقل كلّ من العوضين الى مالك الاخر فيجب على كلّ منهما دفع المال الى صاحبه فى أوّل ازمنه الامكان لانّه ماله و لم يأذن ببقائه عنده من دون فرق فى ذلك بين كونه عينا شخصيّا او مالا كليّا و بالجمله لا كلام فى انّ اقتضاء العقد تسليم البائع المبيع و المشترى الثّمن فورا بحيث يجب على كلّ منهما البدار الى ذلك و ان تعاسرا تقابضا و فى الجواهر انّه لا خلاف فيه و قد يستظهر من الشّيخ ره الاجماع عليه حيث قال الحقّ عندنا انّ اطلاق العقد يقتضى وجوب التّسليم على كلّ من البائع و المشترى للمبيع و الثّمن من غير اولويّه تقديم انتهى بل الظّاهر كما تقدّم ذلك و ان لم يطالب كلّ منهما الاخر بذلك فلا يجوز لاحدهما التّأخير الّا برضا الاخر لما عرفت من انّ بالعقد ينتقل كلّ من العوضين الى مالك الاخر و بقائه فى

یـد الغیر مفتقر الی الاذن ثمّ انّهم ذکروا انّه لو امتنع احدهما عن التّسـلیم اجبره الحاکم و ان امتنعا مع عدم رضا کلّ منهما بامتناع الاخر و قال کلّ منهما لا ادفع حتّی اقبض عصـیا و اجبرا علی التّقابض بالقبض من ید و الدّفع من اخری لعدم اولویّه تقدیم الجبر علی احـدهما کعـدم اولویّه تقـدیم الـدّفع من احـدهما لاسـتواء الحقّین فی وجوب دفع کـلّ منهمـا الی مـالکه بـل و فی حصول الانتقال بعد تمام العقد سواء کان الثّمن او المبیع عینا او فی الذمّه و خالف فی ذلک من اصـحابنا الشّیخ فی الخلاف و المبسوط و ابن زهره فی الغنیه و القاضـی و من العامّه الشّافعی فی احد اقواله فعن الشّیخ فی الخلاف اذا باع شیئا بثمن فی الذمّه فقال البائع لاـ اسـلّم المبیع حتّی اقبض الثّمن و قـال المشتری لا اسـلّم الثّمن حتّی اقبض المبیع فعلی الحاکم ان یجبر البائع علی تسـلیم المبیع أوّلا ثمّ یجبر المشتری علی تسـلیم الثّمن بعد ذلک بعد ان یحضـر الثّمن و المبیع و قال الشّافعی فیه ثلاثه اقوال احدها یجبر البائع و هو ظاهر کلامه و الثّانی یجبر کلّ واحـد منهما مثل ما قلناه و هو الصّـحیح عندهم و الثّالث لا یجبر واحد منهما و قال ابو حنیفه و مالک یجبر المشتری علی تسلیم الثّمن أوّلا دلیلنا علی ما قلناه انّ الثّمن انّما یستحقّ علی المبیع فیجب أوّلا تسلیم المبیع لیستحقّ الثّمن فـاذا سـلّم المبیع اسـتحقّ الثّمن فوجب ح اجباره علی تسـلیمه فلا بـدّ اذا ممّا قلناه انتهی و الاقوی ما علیه الاکثر من حصول الاسـتحقاقین فی زمان واحد من غیر ترتّب بینهما لما عرفت من استواء العقد فی افاده الملک لکلّ منهما و قد ثبت فعلا علی کلّ واحـد منهما حقّ الاخر بل المحکیّ عن جماعه کما ستسـمعه فی المتن جواز استرداد الثّمن من المشتری لو فرض کون اخذه من دون اذن من البـائع و ما یمکن ان یسـتدلّ به للشّـیخ هو ما اشار إلیه من انّ تملّک الثّمن مترتّب بحسب الطّبع علی تملّک المثمن فلا بـدّ من ان یکون زمان اسـتحقاق مطالبته بعد دفع المثمن و یساعده العرف أیضا فانّهم یقبّحون البائع فی مطالبه الثّمن قبل دفع المثمن و بالجمله مقتضـی العوضـیّه کون تملّک العوض مؤخّرا بحسب الطّبع عن تملّک المعوّض و ان قدّم القبول علی الایجاب کان قال المشتری اشتریت هـذا و تملّکت ثمّ قال البائع بعت هذا لعدم اختلاف المعنی بتقدیم الایجاب و تاخیره و فیه أوّلا المنع من تقدّم تملّک المثمن طبعا علی تملّک الثّمن للبائع کیف و هما معلولان لعلّه واحده و هو العقد المرکّب من الایجاب و القبول و کیف یمکن الحکم بـالترتّب ضـروره انّ الترتّب الطّبعی انّمـا هو فی العلّه و المعلول او مـا یلازمهمـا و امّـا اللّازمان و المعلولان لملزوم واحد و علّه واحده فلا بل لا یعقل ذلک

لانّ قضيّه تسبّبهما عن امر واحد كونهما فى مرتبه واحده بحسب الطّبع و الزّمان كما هو واضح و ثانيا انّ الترتّب الطّبعى على فرض تسليمه لا ينفع فى الحكم بترتّب الاستحقاقين بحسب الزّمان و لا معنى للحكم بترتّب الاستحقاقين بحسب الزّمان من جهه الترتّب الطّبعى بين منشأيهما و هى ملكيه المعوّض و العوض بل قضيّه الترتّب الطّبعى بين منشأيهما و عدم التّرتيب الزّمانى بينهما هو عدم الترتّب الزّمانى بين الاستحقاقين ضروره عدم جواز الانفكاك بينهما فى ذلك و ثالثا انّ الترتّب الزّمانى بين الملكيّتين على فرض وجوده لا ينفع فى الحكم بترتّب الاستحقاقين بحسب الزّمان فضلا عن الترتّب الطّبعى لانّ مقتضى حصول ملكيه العوض للبائع جواز حبسه للمعوّض لكونه حبسا لحقّ أيضا و لو كان حصول ملكيه المشترى متقدّما بحسب الزّمان و دعوى حكم العرف بترتّب الاستحقاقين ممنوعه فاذا طلب المشترى المثمن أوّلا حتّى يدفع إليه الثّمن بعد الاخذ لا يحكم العرف بلزوم الدّفع أوّلا على البائع بل يجوّزون له ان يطالب المشترى بالثّمن كمطالبته بالمثمن ثمّ انّ المنقول عن الحلّى فى السّرائر احتمال تقديم احدهما بالقرعه فيقرع بينهما و من اقتضى القرعه اولويّته اجبر أوّلا و فيه انّ التمسّك بعمومات القرعه يتوقّف على عمل الاصحاب كما هو الحال فى كلّ عامّ يكون التمسّك به موهونا بسبب كثره التّخصيص و قد يحتمل الفرق بين كون المبيع او الثّمن عينا او فى الذمّه فيحكم بوجوب التّسليم أوّلا على من باع عينا او اشترى بعين و يجبر مع الامتناع دون غيره بدعوى صدق الغصب و الاستيلاء على مال الغير عدوانا فى الاوّل دون غيره و فيه ما عرفت بالأدلّه المتقدّمه من انّ وجوب التّسليم و الجبر مع الامتناع ثابت فى المقامين و انّه يجب على كلّ منهما بعد العقد دفع المال الى صاحبه ما لم يأذن ببقائه عنده مط فلا نطيل بالاعاده و نسب جماعه الى الشّافعى اقوالا أربعه احدها اجبار البائع و الثّانى اجبار كلّ واحد منهما و الثّالث انّه لا يجبران و لكن يمنعان عن التّخاصم فان سلّم احدهما اجبر الاخر و الرّابع ما يحكى عن ابى حنيفه و مالك أيضا من انّه يجبر المشترى على تسليم الثّمن و القولان الاوّلان فقد عرفت الكلام فيهما و امّا الثّالث فكانّه ناش من الخلط بين ما هو محلّ البحث و هو مسئله ما لو كان كلّ منهما باذلا و تشاحّا فى البدأه بالتّسليم و المسأله الاخرى و هى ما اذا امتنع احدهما او كلاهما عن البذل رأسا و حيث لا اشكال فى المسأله الثّانيه من اشتراط وجوب التّسليم بعدم امتناع الاخر بل صرّح بعض كما ستسمعه فى المتن بعدم الخلاف فى جواز الحبس لامتناع الاخر من التّسليم فتوهّم القائل مستدلّا بانّ وجوب التّسليم مشروط بتسليم الاخر فمتى لا تسليم لا وجوب فلا وجه

للجبر و امّا المنع عن التّخاصم فلكونه وظيفه الحاكم و حيث سلّم احدهما تحقّق الوجوب على الاخر و على كلّ حال ففيه انّ وجوب التّسليم مشروط بعدم امتناع الاخر لا بالتّسليم فهنا امران الاوّل انّ وجوب التّسليم على كلّ منهما ليس واجبا مطلقا بل مشروط بعدم امتناع الاخر عنه فانّ شيئا من الوجوه المتقدّمه لا يساعد على ثبوت الوجوب على الاطلاق امّا بناء على كون الدّليل هو اقتضاء العقد و اطلاقه و الاجماع فواضح و امّا بناء على كونه من احكام ردّ اموال النّاس فالمتيقّن منه و لو بضميمه فهم العرف هو هذا الثّانى انّ وجوب التّسليم ليس مشروطا بتسليم الاخر و هذا ظاهر لا ستره عليه ضروره انّ اشتراطه بذلك يوجب رفع الوجوب ما لم يبدأ احدهما به لانّ الفرض كونه شرطا فى الوجوب هذا مضافا الى انّ الحاكم منصوب لرفع التّخاصم لا لمجرّد المنع عنه و لا دليل على ذلك و امّا الرّابع فقد استدلّوا له بانّ حقّ المشترى متعيّن فى المبيع فيؤمر بدفع الثّمن ليتعيّن حقّ البائع لانّ للبائع حقّا اخر و هو التسلّط على الخيار بعد الثّلاثه و قد يفوته ذلك و يفهم من هذا التّعليل انّ غرضهم من ذلك هو انّ خيار التّأخير لمّا كان مشروطا بتأخير المشترى الثّمن فمع عدم تعيين الثّمينه لا يتحقّق شرطه لعدم تحقّق الثّمن حتّى يوجب تاخيره الخيار فيفوت حقّ الخيار بعدم التّعيين المشروط بالدّفع و يدفع هذا الاستدلال بظاهره أوّلا بانّ حقّ الخيار المجعول للبائع لا يفوت بعدم تعيين الثّمن لانّ المراد من الثّمن فى خيار تاخيره ليس ما تشخّص بكونه ثمنا بل المراد منه هو العوض المجعول فى مقابل المبيع سواء كان عينا او كلّيا فى الذمّه فمتى لم يجئ المشترى بالثّمن المجعول الى ثلاثه ايّام تحقّق التّأخير و ثبت الخيار و ثانيا بانّ خيار التّأخير مشروط بعدم دفع شى ء من الثّمن و مع التّسليم كيف يثبت حقّ الخيار للبائع مع انّه لا مجال له لانتفاء الشّرط ح و ثالثا بانّه لو سلّم فعدم تعيين الثّمن لا يوجب فوات حقّ ثابت للبائع بل يوجب انعدام الموضوع و عدم الخيار ح لعدم شرطه و هذا لا ضير فيه نظير عدم الغبن و العيب فى المعامله النّافى للخيار و رابعا بانّه لو سلّم فهو يجرى فيما كان الثّمن فى الذمّه لا فيما كان عينا شخصيّا و خامسا بانّه لو سلّم فلا وجه لتخصيصه بالثّمن بل يجرى أيضا فيما كان المبيع كليّا غير متعيّن و هذا كلّه بمكان من الوضوح و بالجمله فالحقّ ما عليه الاكثر من انّهما لو امتنعا عن التّسليم مع عدم رضا كلّ منهما بامتناع الاخر اجبرا معا

قوله (و لعلّ الوجه فيه انّ عقد البيع الخ)

و بعباره اخرى الظّاهر من ادلّه البيع و سائر المعاوضات كون القبض بإزاء القبض كما انّ الملك بإزاء الملك

و لذلک شواهد فى احكام خيار التّأخير و غيرها فاطلاق العقد يقتضى جواز الحبس عند امتناع الاخر لا انّ اطلاقه يقتضى بلزوم الاقباض مط

قوله (فلا يرد انّ وجوب التّسليم)

المورد هو المقدّس الاردبيلى ره

قوله (و مراده التصرّف المتوقّف على القبض كالبيع

بل و غيره من التصرفات النّاقله للمنفعه او الموجبه لورود نقص شى ء على شى ء من العين او المنفعه بناء على انّ حقّ الحبس ح متعلّق بالعين كتعلّق حقّ المرتهن بها و ان لم يضمن القابض له قيمه المنافع لكونها ملكا له بالعقد و لكنّه محلّ تامّل لقيام احتمال انّ الحقّ فى المقام لا تعلّق له بالعين بل جواز الحبس هو حكم شرعىّ فلا يأثم بقبضه أيضا لانّ العين ملكه او يأثم من حيث انّه قبض بغير حقّ و لكن لا يحرم عليه التصرّف فيها مطلقا فتدبّر

قوله (ثمّ اذا ابتدأ احدهما بالتّسليم امّا لوجوبه عليه)

بقى فى المقام شى ء و هو انّ وجوب التّسليم لا يختصّ بالبيع بل يجرى فى جميع العقود المملّكه كالصّلح و الاجاره و لا يجرى فيما يكون القبض شرطا لصحّه العقد و ما يظهر من بعض من وجوب القبض فيه أيضا مستدلّا بانّه من مقتضيات العقد فيجب الوفاء به فى غير محلّه لانّ اقتضاء العقد للقبض ليس عباره عن كون القبض من لوازمه عرفا و شرعا مطلقا بل المراد انّ العقد يقتضيه امّا من حيث كونه مصحّحا له و امّا من حيث كونه لازما و اثرا عرفيّا و شرعيّا له فان كان من العقود الّتى تصير سببا للملك و الانتقال من دون اشتراط بحصول القبض وجب الاقباض بالاجماع و لانّ المفروض انتقال كلّ من العوضين الى مالك الاخر بنفس العقد فيجب تسليم المال الى مالكه لعدم جواز وضع اليد على مال الغير ابتداء و استدامه الّا باذنه و ان كان من العقود الّتى لا تتمّ الّا بالقبض فلا يجب الاقباض لوضوح عدم حصول الملكيه الّا بالقبض و معه لا معنى لوجوبه و اقتضاء العقد له ليس معناه لزوم القبض على كلّ حال بل هو اعمّ من ذلك و لا بأس بالاشاره الى تلك العقود فمنها الوقف فى الجمله و يلحقه الحبس و منها الصّدقه فانّها لا تصحّ بدون القبض بالاجماع و ان وقع الايجاب و القبول و منها الهبه سواء كانت معوّضه أم لا و منها الصّرف فانّه يشترط فى صحّته التّقابض فى المجلس بالاجماع و منها السّلف فانّه يشترط فيه قبض الثّمن اجماعا و منها السّكنى و اختاها و منها القرض فانّه مشروط بالقبض اجماعا و منها الرّهن فانّه لا يتمّ الّا بقبض المرهون للآيه الشّريفه و ما روى عن محمّد بن قيس عن الباقر عليه السّلام لا رهن الّا مقبوضا و ضعفه منجبر بظاهر الكتاب و شهره العمل به بين الاصحاب و تفصيل

الکلام یطلب من محلّه و یلحق بهذا القسم العقود الجائزه کالودیعه و العاریه و الوکاله فانّ العقد لا یتمّ فیها الّا بالقبض و یبطل بفوته لا انّ عقدها یقتضی وجوب القبض ما لم یرجع کما هو الشّأن فی العقود اللّازمه اذا کانت خیاریّه فانّ مقتضی ما عرفت من ادلّه وجوب القبض هو جریانه فی کلّ عقد لازم اذا کان فیه الخیار اصلیّا کان او جعلیّا ما لم یفسخ هذا کلّه فی غیر عقد الاجاره و امّا هی فمن الظّاهر انّ المنفعه و العمل فی باب الاجاره کالمبیع فی باب البیع لانّها المثمن و قد عرفت انّ مقتضی القاعده اتّحاد زمان تسلیم العوض و المعوّض و من هذه الجهه یتّحد حکم البیع و الاجاره مط الّا انّ المنفعه لمّا کانت تدریجیّه الحصول و العمل لا یمکن تسلیمه مط او فی الجمله الّا بعد تمامه یختلف تسلیم العوض بحسب تسلیم متعلّق الاجاره و تفصیل ذلک انّ الاجاره امّا ان یتعلّق بعین من اعیان مال الموجر او بعمله و علی الاوّل امّا ان یکون عبدا او غیره من الحیوانات و الجمادات و علی الثّانی امّا ان یکون عملا فی ملک المستاجر کخیاطه ثوبه و تعمیر داره او لا یکون کذلک کقراءه القرآن له و علی کلّ من التّقدیرین الاخیرین امّا ان یوجد الموجر العمل فی ملکه کداره مثلا او یوجده فی ملک المستاجر کان یخیط الثّوب فی داره أمّا اذا تعلّق الاجاره بعین من اعیان الموجر غیر العبد فالظّاهر انّ زمان تسلیم الاجره و دفع العین الی المستاجر واحد کما فی البیع و هذا هو المشهور بین الاصحاب بل الظّاهر عدم الخلاف فیه لما عرفته من حصول تملّک کلّ من العوضین بنفس العقد و صدق تسلیم المنفعه الرّافع لحقّ حبس المستاجر الاجره بدفع العین المستاجره عرفا فان قلت کیف تنسب إلیهم القول باتّحاد زمان استحقاق اخذ الاجره و دفع العین مع انّ کلماتهم مشحونه بانّه لا یستحقّ الموجر اخذ الاجره الّا بعد دفع العین المستاجره الی المستاجر قلت کلامهم هذا و ان کان ظاهرا فی بادی النّظر فی التّرتیب الّا انّ من المعلوم انّه لیس فی مقام بیان انّ زمان دفع الاجره بعد دفع العین المستاجره و انّما هو مسوق لبیان عدم استحقاق اخذ الاجره قبل دفع العین علی ان یکون زمان استحقاقه مقدّما و حصول استحقاق اخذ الاجره بعد الدّفع و عدم توقّفه علی مضیّ مدّه الاجاره کما علیه جماعه من العامّه فالعقد الایجابی من هذا الکلام إشاره الی ردّ العامّه و السّلبی منه إشاره الی دفع توهّم الاستحقاق قبل دفع العین فان قلت کیف یحکم بحصول قبض المنفعه بدفع العین مع استحاله

وجود المنافع فى زمان واحد و يكون حصولها تدريجا و ليس الموجود فى زمان الدّفع الّا الشّأنيه المحضه و المنفعه انّما توجد بالاستيفاء شيئا فشيئا و أيضا كيف يجمع ذلك مع اتّفاقهم على كون التّلف فى اثناء مدّه الاجاره من مال الموجر لا المستاجر قلت ليس الغرض دعوى تحقّق قبض المنفعه و تسليمها عرفا حقيقه يدفع العين بل الغرض انّ المانع من عدم وجوب الوفاء بالعقد على المستاجر بدفع الاجره مع وجود المقتضى له ليس الّا عدم وفاء الموجر و كذلك العكس و لا يعقل معنى لوفاء الموجر الّا بدفع العين المستاجره و لا ينافى هذا توقّف استقرار ملكيته لتمام الاجره على بقاء العين فى يد المستاجر و امكان استيفائه المنفعه فى تمام المدّه و الحاصل انّه لو كان القبض المسوّغ لمطالبه المستاجر بالاجره هو ما يرفع ضمان الموجود بنقله الى المستاجر لكان الايراد فى محلّه و امّا لو كان المسوّغ له اعطاء الموجر المستاجر تمام ماله من السّلطنه فهو حاصل بتسليطه المستاجر على العين مع عدم تحقّق قبض المنفعه حقيقه النّاقله للضّمان و بالجمله المدّعى انّ هذا نوع تسليم بالنّسبه الى المنفعه بتنزيل العرف بالنّسبه الى الحكم المذكور و اذا كان مورد الاجاره عبدا ففيه وجوه الاوّل انّ حكمه حكم سائر الاعيان المستاجره من اتّحاد زمان تسليم الاجره و العبد مط لانّه مملوك كسائر المملوكات و لا يستحقّ الموجر الاجره الّا بدفعه الى المستاجر لينتفع عنه بما شرط فى عقد الاجاره الثّانى انّ حكمه حكم الاعمال مط لانّه لا فرق بينه و بين الحرّ من حيث كونه ذا اختيار و إراده فى التصرّف و قادرا على ترك العمل بما اشترط فى العقد الثّالث انّه يفصّل بين ما اذا كان العبد كبيرا متصرّفا بالاستقلال او صغيرا غير مستقلّ فى التصرّف لانّه اذا فرض استقلاله فى التصرّف كان كالحرّ اذا اجر نفسه من حيث كونه مختارا و مجرّد كونه ملكا للغير لا يؤثّر فى رفع قدرته و اختياره عرفا و اذا فرض عدم استقلاله يكون كالآله من قبيل الحيوان المعلّم فيلحق بسائر الاعيان المملوكه الرّابع انّه يفصّل بين ما اذا كان متعلّق الاجاره عملا خاصّا من العبد و ما اذا كان مطلق منفعته ففى الاوّل لا يستحقّ الاجره الّا بعد الفراغ عن العمل و فى الثّانى يستحقّ بمجرّد تسليم العبد و خير هذه الوجوه الاوّل ثمّ الثّالث ثمّ الرّابع و اذا كان مورد الاجاره عملا لحرّ كان زمان استحقاق الاجره و وجوب تسليمها بعد الفراغ عن العمل و ذلك لاقتضاء القاعده و النّص و الاجماع امّا القاعده فلظهور عدم صدق الوفاء من الموجر الّا بعد الفراغ و امّا النصّ فلما دلّ على عدم جواز تاخير اعطاء الاجره بعد الفراغ عن العمل الى ان يجفّ عرق الموجر فانّه يدلّ على تسلّط المستاجر على الامتناع عن

دفع الاجره قبل فراغه و امّا الاجماع فظاهر بعد الرّجوع الى كلماتهم نعم مقتضى القاعده جواز مطالبه الموجر بالاجره حين اشتغاله بالجزء الاخير من العمل فانّه كدفع العين المستاجره و يمكن حمل كلماتهم على ما لا يأبى عن هذا فلو كان المستاجر لعمل الحرّ وصيّا او وكيلا لم يجز له دفع الاجره الى الموجر قبل العمل و لو قطع باتيانه للعمل ضروره انّ قطعه غير مسوّغ لذلك الّا اذا كان مأذونا عن الموصى او الموكّل صريحا او بشاهد الحال ثمّ انّ ما ذكرنا من عدم استحقاق الاجره قبل العمل انّما هو فيما لم يقض العاده بتقديم دفع الاجره كلّا او بعضا كما فى الاستيجار للعباده عن الميّت و الّا فيجوز للموجر مطالبتها قبل العمل فانّ جريان العاده بمنزله الشّرط فى ضمن العقد فكما انّ شرط التّسليم قبل العمل يقتضى وجوبه بلا اشكال لعموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالشّرط و عدم المانع عنه لانّ المفروض عدم منافاته الّا لمقتضى اطلاق العقد لا نفس العقد فكذا ما هو فى حكمه كما لا اشكال فى صحّه شرط الاجل من غير فرق فى ذلك كلّه بين الاجاره الوارده على الكلّى فى الذّمه و الوارده على العين الخارجى و لو توقّف عمل الحرّ فى بعض الموارد على اخذ الاجره كلّا او بعضا قبل العمل كما لو كان الموجر نفسه للحجّ عاجزا بدون اخذها عن طىّ المسافه و اداء مناسكه فهل يحكم بتحقّق استحقاق الموجر للمطالبه أم لا وجهان اوجههما عند ثانى الشّهيدين الاوّل و لعلّ الاوجه ان يقال انّ التوقّف ان اوجب اقتضاء العقد التّعجيل بدفع الاجره فيكون كالشّرط الضّمنى و ما جرت العاده بالتّقديم فهو و الّا فلا موجب للاستحقاق قبل العمل غايه الامر ثبوت الخيار لكلّ من الموجر و المستاجر امّا الموجر فلعدم قدرته على العمل بدون اخذ الاجره مع لزوم الضّرر عليه من الحكم بوجوب الصّبر عليه الى بعد العمل و امّا المستاجر فلعجز الموجر عن تسليم العمل و المفروض عدم دليل على وجوب تسليم الاجره عليه فيلزمه ثبوت الخيار أيضا ثمّ اعلم انّ ما ذكرنا من عدم الخلاف و الاجماع على كون زمان التّسليم فى عمل الحرّ الواقع متعلّقا للاجاره بعد الفراغ انّما هو فيما لا يكون له تعلّق بعين من الاعيان كالعبادات المأتيّه نيابه و غيرها من حراسه الزّرع و البستان و فيما يكون له تعلّق بعين من اعيان مال المستاجر الغير القابله للنّقل كبناء الدّار و نحوه و امّا ما يكون له تعلّق بعين من اعيان مال المستاجر القابله للنّقل كخياطه ثوبه و نحوها ففيه خلاف و اقوال الاوّل توقّف استحقاق مطالبه الاجره بعد الفراغ من العمل على تسليم العين الّتى هى محلّ العمل مط و عليه جماعه منهم العلّامه

و ابنه و الشّهيدان و فى اجوبه المسائل للفاضل القمىّ ره بعد اختياره لعلّه مختار الاكثر و الظّاهر انّ مراده اكثر متأخّرى المتاخّرين الثّانى عدم توقّفه عليه مط و عليه جماعه منهم المحقّق الثّالث التّفصيل بين ان يكون العمل فى ملك المستاجر فلا يشترط التّسليم و يكفى الفراغ عن العمل و ان يكون فى ملك الاجير فيشترط التّسليم و حكى هذا القول عن الشّيخ ره فى ط قال فى مسئله التّلف اذا كان العمل فى ملك الصّانع لا يستحقّ الاجره حتّى يسلّم و ان كان فى ملك المستاجر استحقّ الاجره بنفس العمل ه و قد يتخيّل الفرق بين كون متعلّق الاجاره نفس العمل كادخال الابره و اخراجها عن الثّوب اعنى نفس الحركات و السّكنات او الاثر الحاصل منه كصيروره الثّوب مخيطه و العمل يكون مقدّمه لحصوله فعلى الاوّل يلزم القول بعدم شرطيّه تسليم العين و فى الثّانى يلزم القول بشرطيّته و الاصحّ هو القول الاوّل و تفصيل الكلام يطلب من كتاب الاجاره و الظّاهر كما اشرنا إليه انّ النّزاع فى مسائل الاجاره صغروىّ و ليس الّا من جهه اختلاف انظارهم فى تعيين ما يتحقّق به صغرى التّسليم

[مسأله يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقاً و من غيرها فى الجمله.]

قوله (و لو الحق مط بالقيمى كان له وجه)

و الاقرب عندى وجه ثالث و هو طمّ ما يطمّ و اصلاح ما استهدم مطلقا فى جميع الموارد سواء كان من قبيل قلع الباب او هدم الحائط الّا اذا تراضيا بالارش من دون فرق بين الموارد أيضا فانّ الواجب على البائع هو تسليم المبيع مفرّغا و تسليم المبيع بعد التّفريغ لا يتمّ الّا بالاصلاح و اعاده المبيع على ما كان عليه حال البيع فوجوب الاصلاح مقدّمه لوجوب تسليم المبيع الى المشترى على ما كان حال العقد

فان قلت انّ الملك للمشترى فله منع البائع من التصرّف فيه بالاصلاح و مطالبه الارش اى نفس قيمه الهدم و يجب عليه ح اجابته من دون اشتراط رضاهما بالارش

قلت منعه من تصرّف البائع لا يكون موجبا لاشتغال ذمّته بالارش لوضوح انّ المشترى ليس له الّا تسليمه البائع للمبيع على ما كان عليه و وجب عليه اصلاحه و اذا منعه المشترى فقد اقدم على ضرر نفسه

قوله (الجدار المشترك بغير اذن صاحبه اقوال ثلاثه)

و يستدلّ للاوّل بانّه ضمان مثله عاده و بانّ الاصل فى الضّمان ان يكون بالمثل فيلزم الاعاده و للثّانى بانّ الجدار قيمىّ و علّله فى لك بانتفاء المثليّه فى الفائت فانّه محض صفه اذ الاعيان باقيه و المماثله فى الصّفه بعيده و يردّ بانّ العرف لا يرون شغل الذّمه فى امثال ذلك الّا بالمماثله و لعلّ السرّ فى انّ العرف لا يرون فى ذلك الضّمان بالقيمه هو انّ جبر ضرر الشّريك بالارش غير ممكن لانّه ان اريد به

ما یخصّ الشّریک من ارش الجدار الفائت فذلک لم یکن جابرا لضرره و ان ارید به ما یکون قیمه لتمام هیئه الجدار فهو خلاف الفرض لانّ الجدار کان مشترکا فیلزم ضمان نصفه لنفسه و من الواضح انّه لا یضمن شخص لنفسه و للثّالث بانّ العرف یری حائط البساطین و المزارع و امثالهما من المثلی مضافا الی انّ الاصل فی الضّمان ان یکون بالمثل و مع عدم امکان المماثل فلا محیص الّا بدفع القیمه و الاقرب وجوب الاعاده بحیث یصدق عرفا انّه اعاده نعم لو فرض تعذّر ذلک کما فی بعض البناء انتقل الی القیمه کما فی کلّ مثلیّ تعذّر مثله

[مسأله لو امتنع البائع من التسلیم]

قوله (احتمله فی جامع المقاصد)

و یمکن ان یستدلّ له بعدم الملازمه بین جواز الحبس و سقوط حقّ المنفعه و هذا من قبیل ما ذکروه فی الاجاره من انّه یجوز للخیّاط حبس الثّوب لیأخذ اجرته و ذلک لا یرفع عنه ضمانه لکن اجاب المصنّف ره بانّ منافع الاموال الفائته بحقّ لا دلیل علی ضمانها و ما ذکروه فی باب الاجاره ان ثبت بنصّ خاصّ اختصّ بمورده و الّا منعناه أیضا

قوله (و یمکن الفرق بین النفقه فی المقامین)

و ذلک بانّ نفقه الزّوجه فی مقابله الاستمتاع فاذا منعت نفسها یمکن ان یقال لا نفقه لها بخلاف نفقه المبیع المملوک الّذی حبسه البائع

قوله (ففی وجوب اجابته وجهان)

من انّ البائع انّما استحقّ الحبس لاستیفاء حقّه و انتفاع المشتری فی ید البائع لا ینافی حقّه فیجب اجابته و من انّ منع البائع عن الانتفاع به مضافا الی حبسه ادّی الی استیفاء حقّه و الاولی ان یقال ان توقّف حصول غرض البائع الّذی حبسه لاجله علی المنع عن الانتفاع أیضا جاز المنع و الّا وجب اجابته

[الکلام فی احکام القبض]

[مسأله من أحکام القبض انتقال الضمان ممّن نقله إلی القابض]

قوله (من احکام القبض انتقال الضّمان ممّن نقله الی القابض)

لو تلف المبیع قبل القبض فهو مضمون علی البائع بضمان المعاوضه بلا خلاف و لا اشکال و یدلّ علیه قبل الاجماع النبوّی المشهور فانّ لفظه من للتّبعیض فمعناه انّ المتلف من جمله امواله و لمّا کان المبیع ملکا للمشتری فلا بدّ ان یحکم بانفساخ العقد قبل التّلف آنا ما لا حینه لانّ المبیع لا بدّ ان یکون قبل التّلف مالا للبائع حتّی یحکم بانّه تلف من ماله فانّ قولک تلف مال زید

لا يصحّ الّا بعد كون المال لزيد ضروره لزوم وجود الموضوع بوصفه العنوانى قبل الحكم فانّ ثبوت شى ء لشى ء فرع ثبوت المثبت له فلو توقّف تحقّق الموضوع على الحكم لزم الدّور و لا يحكم بانفساخ العقد من حين وقوعه لانّ انفساخه قبل التّلف آنا ما يكفى لتصحيح كون المتلف من

مال البائع فيحكم فيما قبله ببقاء العقد على صحّته نظرا الى ادلّه لزوم الوفاء بالعقد فيكون النّماء الحاصل قبل التّلف للمشترى ثمّ انّ انفساخ العقد قبل التّلف آنا ما هل يكون على القاعده أم للتعبّد على خلافها صرّح اكثر من تعرّض للمسأله بانّها جاريه على خلاف القاعده لانّ القاعده الاوليّه بناء على انتقال كلّ من العوضين الى ملك الاخر بالعقد تقتضى ضمان كلّ منهما لصاحبه لو تلف قبل القبض ببدله الواقعى من المثل او القيمه ان لم نقل بكون يده امانه و لو تلف المبيع يكون من المشترى و ضمانه باليد لعموم دليله لكن لمّا دلّ الدّليل الخاصّ على كون التّلف قبل القبض من مال البائع وجب الحكم بانفساخ العقد قبل التّلف بجزء لا يتجزّى من الزّمان و ثبت الضّمان بالعوض ح من دون فرق فى ذلك بين البيع و غيره من المعاوضات الحقيقيّه بناء على إلحاقها به و التعدّى من مورد النصّ إليها و ذلك لانّه اذا حكم بالانفساخ و انّ تلف المملوك بالعقد قبل القبض من مال المالك الاوّل فلازمه صيروره عوضه ملكا لمالكه الاوّل أيضا و الّا لزم ان يصير الثّمن ملكا للبائع بلا عوض و هو ينافى المعاوضه و لذا يحكم بانفساخ البيع بالتّلف فانّ الحكم بالانفساخ لم يرد فى نصّ و انّما اخذوه من قوله (ص) فهو من مال بايعه و هذا انّما يدلّ على الانفساخ اذا كان تملّك البائع للمبيع و ثمنه غير جائز فتصحيح النبوّى بالحكم بالانفساخ انّما هو على هذا الفرض اعنى عدم جواز كون البائع مالكا للعوضين اذ لو جاز ذلك لصحّ قوله (ص) فهو من مال بايعه و لم يحتج فى التّصحيح الى الحكم بالانفساخ و بناء على انّ المسأله جاريه على خلاف القاعده فقد يقال بانّه يكون انفساخا حقيقيّا لانّ كون المبيع من مال البائع يدلّ التزاما على الانفساخ الحقيقى و فى المتن نقلا عن العلّامه انّه صرّح بانّه لو كان المبيع مملوكا و مات قبل القبض فمئونه تجهيزه على البائع و هو مبنىّ على ثبوت الملك التّحقيقى قبل التّلف للبائع و الظّاهر انّ هذا القول مبنيّا على كون الحكم على خلاف القاعده مضافا الى ما ستسمع من بطلانه مجرّد احتمال لم يحكم به احد عدا ما سمعته من العلّامه فى فرع واحد و هو أيضا لم يقل به فى غير الفرع المذكور فلا بدّ من تطبيقه على المشهور و لو بالتّاويل لو كانت المسأله عنده على خلاف القاعده و قد يقال كما هو المشهور بانّه يكون حكميّا بمعنى انّه يقدّر اى يفرض الانفساخ قبل التّلف لتصحيح قوله (ص) فهو من مال بايعه فانّه كما سمعت لا يكون صحيحا ما لم يحكم بتحقّق الملكيه للبائع قبل التّلف و لمّا لم يكن الانفساخ الحقيقى متحقّقا فيه يحكم بالانفساخ الحكمى و وجه عدم تحقّق الحقيقى انّ سبب الانفساخ هو

التّلف و هو انّما يوجب حصوله حقيقه بعد حصوله فى الخارج و لا يقتضى الانفساخ قبل تحقّق نفسه لمكان امتناع تقدّم المعلول على العلّه و ليس هناک سبب اخر يقتضى الانفساخ قبل التّلف و تنظيره باجازه الفضولى بناء على الكشف فى غير محلّه لامكان دعوى كون الشّرط فى الاجازه هو تعقّب العقد بها لا نفسها و هو مقارن للعقد و امّا فى المقام فلا يمكن دعوى كون السّبب للانفساخ هو العقد المعقّب بالتّلف لانّ مدخليّته فى التّأثير يضادّ اثر العقد فكيف يمكن تركيب السّبب منهما بخلاف الاجازه حيث لا معنى لها الّا امضاء مضمون العقد و ارجاع شرطيّه التّلف الى شرطيّه بقاء العين الى القبض فى اللّزوم كما ترى و صدق الرّجوع و الانفساخ و ان توقّف على سبق الملک بالعقد الّا انّه ليس مستندا إليه بالاستقلال او منضمّا مع غيره و مع ذلک لا ينفکّ عن لزوم المحال و تاخّر المعلول عن علّته بالزّمان لاتّفاقهم على عدم الفسخ من حين العقد و ليس فى المقام غير العقد أيضا ما يصلح ان يكون متعقّبا بالتّلف حتّى يصحّ ان يكون ذلک علّه للانفساخ هذا مع ما عرفت فى بحث الفضولى من الاشكال فى كون الشّرط هو تعقّب العقد بالاجازه و بالجمله انّ الاصحاب لم يجروا على الزّمان السّابق احكام ملكيّه البائع و لو آنا ما بل بناؤهم على اجراء احكام ملكيّه المشترى على ما قبل التّلف لانّ المبيع ملكه واقعا و تقدير ملكيّه البائع آنا ما قبله انّما هو مجرّد فرض ليس له واقع و الدّاعى على هذا الفرض هو تصحيح الحديث النبوّى و هذا نظير ما ذكروه فيمن ملک من ينعتق عليه فانّ العتق لمّا كان موقوفا على الملک و المفروض انّه لا يصير مالكا لمن ينعتق عليه فى زمان و لو كان آنا ما لانّه لو صحّت ملكيّته له فى زمان صحّت فى جميع الازمنه اذ لا مدخليّه لزمان دون زمان فى قبوله للملک المذكور و لاجل ذلک قدّروا الملک آنا ما تصحيحا لقوله (ع) لا عتق الّا فى ملک و لا يرتّبون آثار ملكيّه من ملک من ينعتق عليه الّا الأثر الّذى لاجله قدّروا ذلک التّقدير اعنى العتق و مثله دخول الدّيه فى ملک الميّت قبل الموت آنا ما و ما لو قال اعتق عبدک عنّى فاعتقه عنه فانّ الظّاهر انّه لا كلام فى صحّه العتق لو اعتقه عنه ففى ما نحن فيه لمّا رأوا انّ الشّارع حكم بكون المبيع التالف من مال البائع مع عدم ملكيّته له قدّروا تصحيحا لقوله (ص) ملكيّته قبل التلف آنا ما و لم يحكموا بالانفساخ الحقيقى قبل التّلف لانّهم علموا بسببيّه التّلف له و انّه لا سبب هناک للفسخ قبله و كيف يصحّ الحكم بالانفساخ الحقيقى قبل التّلف مع تاخّر السّبب فاللّازم هو الحكم بترتيب جميع آثار ملكيّه المشترى قبل التّلف دون البائع الّا الاثر الّذى صار

ثبوته داعيا لتقدير الملك المذكور و هو الضّمان المعاوضى نعم الانفساخ الحكمى انّما هو فى ان ما قبل التّلف و امّا بعد التّلف فالانفساخ حقيقىّ و وجهه واضح هذه غايه ما يمكن ان يوجّه به الانفساخ الحكمىّ و قد اتّضح انّ التّصحيح المذكور هو الدّاعى لذهابهم الى الانفساخ و الضّمان بالعوض و يرد عليه انّه لا ملازمه بين التّعبير بكونه من مال البائع و الانفساخ حتّى يلتزم بالانفساخ تحقيقا او تقديرا و قد التزموا به تصحيحا للصّدق و كما يمكن لاجل هذا الالتزام بالملازمه كذلك يمكن ان يكون قوله (ص) فهو من مال بايعه كنايه عن إراده كونه تالفا عليه بلا عوض له تشبيها بما له الّذى لو تلف عنده كان خسرانه منه و تلفه عليه و العباره و ان كانت اظهر فيما التزموا به من الانفساخ الّا انّ تصحيح الصّدق بالمعنى الّذى ذكرنا ارجح من وجوه لا يخفى و لم يقع الانفساخ فى نصّ او معقد اجماع حتّى لا يكون بدّ من الالتزام به و ما ذكرنا لعلّه انسب بإطلاق الضّمان عليه و عليه فلا يكون النّبوى دالّا على الانفساخ و مخالفا للقاعده التى مقتضاها لزوم العقد و كون المبيع مضمونا ببدله الواقعى من المثل او القيمه بل يكون دالّا على الضّمان بالمسمّى بجعل الشّارع الثّمن المملوك للبائع بخصوصه بدلا فى المقام عن المبيع التّالف قبل القبض و مخصّصا لقاعده الضّمان بالبدل الواقعى و يكون رجوع الثّمن ح الى المشترى بالدّليل الخاصّ من باب الغرامه و البدليّه عمّا تلف من ملكه و بالجمله الالتزام بما ذكرنا اولى من رفع اليد عن الادلّه الدالّه على لزوم العقد و وجوب الوفاء به و ليس فيه الّا عدم امضاء الشّارع فى المقام لما عليه العرف من الضّمان بالبدل الواقعى و تظهر الثّمره بين الوجهين فيما لو عاد التّالف او ما بحكمه فبناء على كون المدفوع غرامه يرجع كلّ من العوضين الى من ملكه بالعقد بخلاف القول بالانفساخ و هذا كلّه بناء على ما صرّح به جماعه من كون الانفساخ على خلاف القاعده و ما ذكروه مبنىّ على انّ مفاد العقد ليس الّا التّمليك بازاء التّمليك و انّ وجوب القبض انّما هو لكون المال ملك الغير فيجب تسليمه الى مالكه لا لاقتضاء عقد المعاوضه ذلك و لكن مقتضى دقيق النّظر تبعا لجماعه اخرى من الاصحاب موافقته لها بل الظّاهر انّ دعوى كون الانفساخ قبل التّلف آنا ما يكون على وجه الحقيقه موافقا أيضا للقاعده غير بعيده امّا موافقه الانفساخ لها فلانّ المعاوضه تتضمّن التزامات مطابقيّه و التزامات ضمنيّه و من الاولى تبديل المالين و تسليط كلّ من المتعاقدين صاحبه على ما كان مسلّطا عليه فى المتعلّق بحيث يقوم كلّ من العوضين مقام الاخر فى تعلّق السّلطنه الفعليّه به و من الثّانيه تسليم البائع للمبيع

الی المشتری فی الخارج و بالعکس لاقتضاء العقد ایجاد کلّ منهما ما هو علیه بعد العقد من التّمکین لحصول التّسلیط الفعلیّ و لذا جاز لکلّ منهما الامتناع عن التّسلیم حتّی یحصل التّقابض و لمّا کان وجوب القبض و التّسلیم من شئون العقد و مقتضیاته کان بقاء المالین و تعذّر تسلیم احدهما کالاباق او السّرقه المرجوّ عوده موجبا للخیار و کان التّلف و امتناع تسلیم احدهما موجبا لبطلان المعاوضه لوضوح انّه اذا بطل ما عیّنه فی عقد المعاوضه عن العوضیّه و خرج عن صلاحیّه البدلیّه بطل الاخر أیضا عن العوضیّه و خرج عنها فیرجع قهرا الی مالکه و اذا رجع الثّمن الی المشتری فلا بدّ ان یرجع المبیع الی البائع کما هو الحال فی الفسخ من رجوع کلّ من العوضین الی مالکه الاصلی فبالتّلف یتحقّق الانفساخ المسبّب عن عدم الوفاء بتمام مقتضی العقد و ممّا ذکرنا یعلم بطلان ما ربما یقال تبعا للمسالک انّ ظاهر کون المبیع التّالف قبل القبض من مال البائع یوهم خلاف هذا المعنی ای یوهم ضمانه بالمثل و القیمه مضافا الی انّ الظّاهر من الرّوایه وقوع التّلف فی مال البائع سواء جعل الظّرف لغوا متعلّقا بتالف او مستقرّا متعلّقا بثابت و الی انّه لو کان المراد ما یوهم منه لکان اللّازم التّعبیر بعلی البائع و نحو ذلک و امّا کون الانفساخ قبل التّلف آنا ما حقیقه موافقا للقاعده فلانّه لمّا عرفت انّ مقتضی عقد المعاوضه هو وجوب التّسلیم و مع امتناعه فاللّازم انفساخ العقد و بطلانه وجب ان یقال برجوع المبیع التّالف الی البائع قبل التّلف آنا ما لانّه بعد التّلف لا یصلح للرّجوع و لا قابلیّه له للعوضیّه و المفروض انّ بطلان المعاوضه یقتضی خروج کلّ من العوضین عن ملک المنتقل إلیه و دخوله فی ملک المالک الاوّل و اذا لم یبق التّالف علی صلاحیّه الخروج و الدّخول کذلک عند التّلف فلا محیص عن الالتزام بماله صلاحیّه لذلک و الصّالح انّما هو قبل التّلف و مجرّد فرض التّالف موجودا لا یخرجه عن المعدومیّه کما انّ الالتزام بخروج الثّمن عن ملک البائع و دخوله فی ملک المشتری دون خروج المبیع التّالف عن ملک المشتری و دخوله فی ملک البائع مخالف لما یقتضیه الانفساخ و ینتج ذلک کلّه انّ التّلف ح لا بدّ و ان یکون کاشفا عن الانفساخ قبله لا ان یکون علّه له فتأمّل بان یقال مقتضی القاعده انفساخ العقد و رجوع المبیع الی البائع بالتّلف لانّهما معلولان له و یستحیل تقدّمهما علیه و الامر سهل اذا النّزاع فی کون الانفساخ حین التّلف او قبله تحقیقا او تقدیرا انّما هو مجرّد بحث علمیّ لا ثمره له اصلا و قد اتّضح انّ الانفساخ فی تلف المبیع علی طبق

القاعده لا ـ لمجرّد التعبّد و تظهر الثّمره فی التعدّی الی الثّمن و الی غیر البیع من المعاوضات فانّ بناء علی المختار یتعدّی الی الثّمن فی البیع و الی جمیع المعاوضات و علی التعبّد لا وجه للتعدّی الّا اذا استظهر کون الخصوصیّه ملغاه کما فی خیار العیب حیث یتعدّی فیه الی غیر البیع من سائر المعاوضات و اشباهها کالخلع و امّا الفتوی فلا خلاف فی التعدّی الی الثّمن فی البیع و امّا التعدّی الی کلّ معاوضه و ما یشبهها فلم نجد من صرّح به نفیا و اثباتا الّا ما ستسمعه فی المتن

قوله (لا حقّ مالی فلا یقبل الاسقاط)

الظّاهر عدم الخلاف فی عدم سقوط هذا الضّمان بالاسقاط لا لانّه اسقاط لما لم یجب لما عرفت من اقتضاء المعاوضه کون الضّمان فعلیّا فالانفساخ بالتّلف حکم امضائیّ من الشّارع لما التزم به المتعاقدان بعقد المعاوضه فهو من احکامها کلزوم النّکاح و لیس من الحقوق حتّی یمکن فیه دعوی السّقوط بالاسقاط و هذا هو المائز بینه و بین الحکم و الضّمان المعاوضیّ کضمان الاعیان فکما انّه لیس للمغصوب منه اسقاط الضمان عن الغاصب فکذا فی المقام فان قلت معنی الضّمان هو تعهّد المال فی الذمّه و اندراجه فیها و قد صرّح فی روایه عقبه بن خالد بالضّمان فی المسأله و الخروج عن عهده المضمون به یختلف باختلاف المقامات فقد یقتضی العوض المسمّی و قد یقتضی العوض الواقعی و قد یقتضی اقلّ الامرین و علی هذا لم لا یکون الضّمان حقّا مع تعهّد المتعاملین به فیکون حقّا فی العهده و کذا فی الاعیان المضمونه لم لا یکون حقّا علی من هی فی یده لدخولها فی العهده غیر انّ السّلطنه فی المقام بالتّلف علی الرّجوع بالمسمّی و فی غیره علی الرّجوع بالمثل او القیمه قلت أوّلا ـ التّمییز بین الحکم و الحقّ فی غایه الاشکال و ما یقال میزانا للتّمییز بینهما من الرّجوع الی ثبوت الآثار و عدمه من النّقل و الاسقاط غیر نافع و ذلک لانّه مضافا الی کونه مستلزما للدّور غیر مطّرد ضروره انّ الحکم ممّا لا یسقط و لا ینقل فلو دلّ دلیل علی السّقوط او الانتقال افاد کونه حقّا لا کلّ ما لا یسقط و لا ینقل یکون حکما فانّ الحقوق أیضا بعضها لا یسقط بالاسقاط و لا ینقل بالنّواقل و ینحصر التّمییز بینهما بما یستفیده الفقیه من الادلّه و لا اشکال فی انّ المستفاد من ادلّه الضّمانات باجمعها کونها من الاحکام و ثانیا انّ الرّجوع فی المسأله بالمسمّی لیس بعنوان کونه بدلا و عوضا عن التّالف حتّی یمکن دعوی کونه من الحقوق بل لیس الرّجوع به الّا من حیث انفساخ المعاوضه و رجوع کلّ مال الی صاحبه و المعاوضه ان اقتضت الضّمان بالمسمّی

قبل القبض فقبل رفع الموضوع و اصل المعاوضه بالاقاله او رفع عدم القبض بهبه او إباحه يمتنع رفع مقتضاها بالاسقاط لانّه مخالف لاصل الجعل او لمقتضى العقد و حكم الشّارع بالانفساخ و هذا من قبيل ما هو الحقّ من كون اولويّه السّبق فى المساجد و نحوها من الاحكام و لا يرتفع الّا بارتفاع موضوعها و هو التّزاحم الّذى هو موضوع المنع و الحرمه بالاعراض عن المحلّ و ليست من الحقوق الّتى تسقط بالاعراض و ثالثا لو سلّم كونه من الحقوق فليس كلّ حقّ قابل للاسقاط بل بعضها كالحكم غير قابل له كما اشرنا إليه بيان ذلك انّ الموجب للحقّ على اقسام منها ما يكون علّه تامّه له فيمتنع انفكاكه عنه بسقوط او انتقال لامتناع تخلّف المعلول عن علّته التامّه كولايه الاباء و الاقارب و الحاكم و منها ما يكون من قبيل المقتضى و هذا على قسمين لانّه ان كان مختصّا و متقوّما بشخص خاصّ كحقّ الوصايه المجعول لشخص خاصّ و حقّ التّوليه المجعول كذلك او عنوان خاصّ كحقّ التّوليه المجعول للحاكم او كان متقوّما بشخص خاصّ بالشّرط كحقّ الخيار المجعول لصاحبه بشرط مباشرته للفسخ بنفسه و امثال هذه فلا يجوز نقله الى الغير و يجوز اسقاطه لانّ الموجب ليس علّه تامّه و ان لم يكن كذلك جاز اسقاطه و نقله و انتقاله لوجود المقتضى و هو كونه مالكا و عدم المانع كحقّ الخيار الغير المشروط بالمباشره و ممّا اوضحنا فى بيان الانفساخ و انّه مقتضى القاعده يظهر لك انّ المقام لو فرض كونه من الحقوق ليس الّا من القسم الاوّل حيث انّ الانفساخ قهرىّ و يمتنع الاسقاط لامتناع تخلّف المعلول عن علّته التامّه ثمّ اعلم انّ ما ذكرناه انّما هو فى الاسقاط و الابراء بعد العقد و امّا اشتراط سقوطه و البراءه عنه فى ضمن العقد فلصحّته وجه لو لا قيام الاجماع على خلافها و ذلك لامكان ان يقال انّ العقد المشروط فيه البراءه من الطّرفين او من احدهما عن احدهما عن ضمان العوضين او احدهما يغاير مقتضاه لمقتضى العقد المجرّد عن الشّرط فانّ مع الشّرط يكون مفاد العقد مجرّد التّمليك و التّسليط الاقتضائى و لا يكون الشّرط منافيا لذات العقد لما عرفت من انّ القبض و التّسليم من الالتزامات الضّمنيه فهو من مقتضيات العقد المطلق لا مطلق العقد و هذا بخلاف العقد بدون الشّرط فانّ مفاده هو التّسليط الفعلى و الاسقاط بعده ينافى لمقتضاه و عليك بمراجعه ما افاد المصنّف ره فى مسئله سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه فى ضمن العقد

قوله (و يدلّ على الحكم المذكور أيضا روايه عقبه بن خالد)

المرويّه فى الكافى و ضعف سندها بمحمّد بن عبد اللّه

بن هلال منجبر بعمل الاصحاب

قوله (و لعلّ الروايه اظهر دلاله)

و ذلک حيث وقع كلام الامام (ع) جوابا عن من مال من يكون و من اجل هذا يكون ما ذكرناه فی دفع الملازمه بين التّعبير بكونه من مال البائع و الانفساخ من امكان ان يكون كنايه عن إراده كون الخسران على البائع تشبيها بماله بعيدا عن سياق روايه عقبه

قوله (و فی معناه الركاز الّذی يجده العبد)

الرّكاز ككتاب بمعنى المركوز ای المدفون فی المجمع و اختلف اهل العراق و الحجاز فی معناه فقال اهل العراق الرّكاز المعادن كلّها و قال اهل الحجاز الرّكاز المال المدفون خاصّه ممّا كنزه بنو آدم قبل الاسلام و القولان يحتملهما اهل اللّغه لانّ كلّا منهما مركوز فی الارض ای ثابت يقال ركزه ركزا اذا دفنه ه

قوله (ثمّ انّه يلحق بالتّلف تعذّر الوصول)

لا اشكال فی انّه يلحق بالتّلف الظّاهر فی الهلكه كلّ ما كان بحكمه ممّا يوجب تعذّر التّسليم كالسّرقه و الضّياع و الغصب المتعذّر استخلاصه من الغاصب و صيروره العبد حرّا لا بفعل من مالكه كالمزمن و المقعد و امّا مثل التّنكيل فهو اتلاف و ان ترتّب عليه العتق كترتّب المعلول على علّته و الالحاق فيما ذكرنا واضح بناء على انّ الحكم على وفق القاعده لوجود المناط الموجب لانفساخ العقد و هو عدم تماميّه مقتضاه و ذكر السّرقه فی روايه عقبه محمول على المثال و بناء على انّه على خلاف القاعده و انّ الحكم من حيث دلاله النّبوی المذكور ففی اللّحوق بالتّلف مط او عدمه مطلقا حتّى فی السّرقه لضعف روايه عقبه او التّفصيل بين ما كان التعذّر بالغصب و كان الغاصب معلوما فيرجع الى ما يقتضيه القواعد من الرّجوع الى الغاصب بالغرامه و ما كان بغيره فيلحق بالتّلف لروايه عقبه الظّاهره فی ذكر المثال وجوه و الاقرب الاوّل

قوله (ثمّ انّ ظاهر كثير من الاصحاب انّه لا يعتبر الخ)

لا اشكال فی ذلک لانّ حقيقه القبض كما عرفت عند الكلام فی ماهيّته هو استيلاء المشترى على المبيع و قد يتوهّم كون الضّمان على البائع لانّ القبض الواقع لم يكن معتبرا موجبا لنقل الضّمان الى المشترى و يكون التّلف ح من التّلف قبل القبض الموجب لانفساخ العقد لكنّه توهّم فاسد لانّه لو تلف المقبوض بالقبض الفاسد بيد المشترى فلا يخلو امّا ان يكون الفساد من جهه فساد العقد او ما يعتبر فيه و امّا ان يكون من جهه انّ القبض لم يكن مستحقّا له على البائع و ان كان العقد صحيحا ففی الاوّل يكون مضمونا على المشترى مط بالمثل او القيمه و فی الثّانی يكون مضمونا عليه بالمسمّى و معناه انتقال الضّمان من البائع إليه لقاعده كون الضّمان على من تلفت بيده و ذلک لانّ المراد من

القبض المعلّق على عدمه التّلف مطلق القبض صحيحا كان او فاسدا و نفى القبض كذلک معناه كون التّلف عند غير المشترى فلا يكون الفرض مشمولا للنبوىّ حتّى يتوهّم تعارض القاعدتين فيه كيف و لو تلف بيد المشترى بعد ان كانت العين مضمونه بالمسمّى بالعقد الصّحيح فان رجع البائع على المشترى ببدله الواقعى فمع انّه غير الضّمان بالمسمّى مع كون الضّمان به بالفرض لم يكن الفوات من مال البائع بعد اخذه البدل الواقعى و ان لم يرجع عليه بشى ء من البدلين الواقعى و المسمّى جمع المشترى بين العوض و المعوّض فلم يبق الّا كون المبيع فائتا من المشترى بمعنى انّ خسرانه عليه و نقصانه فى ملكه و هو ما ذكرناه من انتقال الضّمان الى المشترى و بالجمله الظّاهر انّ المقصود من النبوّى و من قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه الخ هو بيان حكم ما لو تلف المبيع عند البائع و انّ التّلف يكون منه و اين هذا من فرض كون التّلف بيد المشترى و ممّا ذكرنا يعلم عدم ضمان البائع أيضا لو كان المبيع مقبوضا للمشترى قبل البيع سواء كان القبض السّابق باذن من البائع كالوديعه و العاريه و نحوهما أم لا كالغصب لظهور البيع الواقع فى الرّضا بقبضه فينتقل الضّمان الى المشترى و يكون التّلف منه و يعدّ من تلف المبيع بعد قبضه و هذا كلّه بالنّسبه الى البيع و امّا بالنّسبه الى ما كان القبض شرطا فى صحّته او لزومه كالرّهن و الهبه فلو رهن المقبوض بيد المرتهن قبل عقد الرّهن عليه و كان القبض المتحقّق أوّلا باذن الرّاهن كالوديعه و العاريه او بغير اذنه كالمغصوب ففى ضمان المرتهن مع التّلف عنده او عدمه اقوال مذكوره فى كتاب الرّهن

قوله (قولان لا يخلو السّقوط عن قوّه)

تقدّم الكلام فى هذا عند ذكر الاقوال فى ماهيّه القبض

قوله (هذا كلّه حكم التّلف السّماوى و امّا الاتلاف)

لا اشكال فى ظهور لفظ التّلف فيما كان التّلف بنفسه و يسمّى التّلف بآفه سماويّه و كذا ما يلحق به و أمّا اذا كان التّلف بتسبيب و يسمّى بالاتلاف فامّا ان يكون باتلاف من المشترى او البائع او الاجنبىّ فان كان من المشترى فاتلافه بمنزله قبضه فيكون من ضمانه ما لم يكن مغرور الوقوع الاتلاف منه على ملكه كما لو اتلف ماله المغصوب فى يد الغاصب الموجب لخروجه من الضّمان و لعلّ التّفصيل بين المغرور و عدمه هو المراد من التّفصيل المحكىّ فى المتن عن التّذكره بين صورتى علم المشترى و جهله و ان كان الاتلاف من البائع ففى انفساخ البيع و ضمانه بالمسمّى لاقتضاء العقد ذلک من غير فرق بين الاختيار و عدمه الّا فى الاثم و عدمه و لصدق

التّلف و ان كان بالاختيار فيكون مشمولا لاطلاق ما دلّ على كونه من مال البائع فانّ المبيع الّذى اتلفه البائع يصدق عليه أيضا انّه مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع و ان اثم بالاختيار او الضّمان بالمثل او القيمه بناء على انصراف التّلف فى الدّليل المخرج له عن القاعده الى ما كان بنفسه فيدخل تحت قاعده اتلاف مال الغير او تخيير المشترى بين تضمين البائع بالمسمّى و مطالبته بالثّمن و تضمينه بمطالبه المثل او القيمه لوجود سبب كلّ من الضّمانين الموجب لاختياره الاخذ بايّهما شاء وجوه و الاوّل هو الاقوى على المختار من انّ وجوب القبض من شئون العقد و مقتضياته و قوله (ع) فى روايه عقبه من مال صاحب المتاع الّذى هو فى بيته حتّى يقبض المتاع و يخرجه من بيته يدلّ على عليّه عدم قبض المبيع لكون التّلف من البائع بل النبوّى يشمل بإطلاقه أيضا لما كان باتلاف حيوان او انسان و لو سلّمنا المناقشه فى الاولى بانّها تحتاج الى الجابر لتعبير اكثر الاصحاب او جميعهم بمضمون النبوّى و فى الثّانيه بانصراف التّلف الى ما كان بآفه كفى ما تقدّم من انّ مقتضى العقد هو الانفساخ و على تقدير كون قاعده الانفساخ فى صوره التّلف على خلاف القاعده الاوّليه فالاوجه فى صوره الاتلاف هو الضّمان بالمثل او القيمه لانّ كلا وجهى التّخيير لا يخلو عن مناقشه امّا الاوّل و هو تحقّق سبب الانفساخ و سبب الضّمان فيتخيّر المالك و هو المشترى فى العمل باحدهما ففيه انّ العقد امّا ان ينفسخ بالتّلف او لا و على الاوّل فلا معنى لاجراء قاعده الاتلاف لانّ المبيع بعد الانفساخ ليس ملكا للمشترى فلا وجه لاختياره المثل او القيمه و على الثّانى لا معنى للاخذ بسبب الانفساخ لانّ المبيع ح ليس متلفا من مال البائع فالتّلف اثره الانفساخ و حلّ العقد الموجب للضّمان بالمسمّى و الاتلاف اثره الضّمان بالمثل او القيمه و هو مبنىّ على بقاء العقد و لزومه فامّا ان لا يكون التّلف المسبّب عن الاتلاف سببا للضّمان بالمسمّى او لا يكون الاتلاف المسبّب بالكسر للتّلف سببا للضّمان بالمثل و القيمه و يستحيل اجتماعهما فى السّببيه و تصادمهما فى التّأثير و توهّم انّه يكفى لاجراء قاعده الاتلاف كون المبيع ملكا للمشترى قبل التّلف لانّه يصدق ح انّ البائع اتلف مال الغير و لا ينافى خروجه عن ملكه بعد الاتلاف لاجرائها اذ لو كان خروج المتلف عن ملك المالك بعد التّلف موجبا لعدم الضّمان لم يبق مورد لقاعده الاتلاف لانّ كلّ متلف يخرج عن ملك مالكه بعد التّلف فانّ الملكيّه تتوقّف على بقاء المملوك و اذا تلف فكيف تبقى الملكيه بلا محلّ و القول بالتّخيير لاجل الجمع بين قاعده الاتلاف و سبب الانفساخ مبنىّ على انّ الانفساخ تقديرىّ

فالعمـل بقاعـده الاتلاف من جهه كون المبيع ملكـا حقيقيّا للمشترى قبـل التّلف و العمـل بقاعـده الانفساخ من جهه كونه ملكا تقـديريّا للبائع قبله آنـا مـا و لا منافاه بينهما نعم لو كان مقتضـى سـبب الانفساخ هو الانفساخ الحقيقىّ قبل الاتلاف توجّه عـدم امكان الجمع ممنوع و لا حاصل له فانّ اجتماع ملكيّه البائع و المشترى للمبيع فى ان واحد يستحيل و لو فرضنا احدهما تحقيقيّا و الاخر تقـديريّا و ان شـئت قلت انّ مورد كلّ من قاعـده الاتلاف و سـبب الانفساخ غير مورد الاخر و هـذا واضـح ثمّ انّه قد يورد على التّخيير بين المطالبه بالقيمه او الثّمن لاجل تحقّق سبب الانفساخ و سبب الضّمان بانّه كيف يحكم بالتّخيير و الحال انّ النّسبه بينهمـا عمـوم و خصوص مطلق و التّخيير انّمـا هو فى الـدّليلين المتعارضـين الّـذين لم يـدلّ دليـل من العرف و غيره على تقـديم احـدهما كـان يكونـا متبـاينين او اعمّ و اخصّ من وجه لا الاعمّ و الاخصّ مط فانّ اللّازم هو تقـديم الخاصّ و لمّا كانت قاعـده الانفساخ اخصّ من قاعـده الاتلاف فيقـدّم عليه و ذلك لاجل انّ قاعـده الاتلاف تـدلّ على كون المتلف ضامنا للتّلف مط سواء كان بالمثل او القيمه أم بغيرهما كثمن المبيع و قاعـده الانفساخ تـدلّ على كونه ضامنا لامر خاصّ و هو عوض المبيع و يدفعه انّ النّسبه بينهما هو التّباين و هما متباينان لانّ الضّمان الثّابت بقاعده الاتلاف هو ضـمان المثل او القيمه دون غيرهما و الثّمن الّذى هو عوض المبيع لا تـدلّ القاعده المذكوره على ضـمانه فانّ معنى لفظ ضامن فى قوله (ع) من اتلف مال الغير فهو ضامن انّما هو ضمان المثل و القيمه لانّه المتبادر من اطلاق الضّمان من غير تقييد بشى ء خاصّ فهو عند الاطلاق منصرف عن ضمان المعاوضه و امّا سـبب الانفساخ فـدلالته على ضـمان العوض ليست مسـتفاده من لفظ الضّمان بل من اقتضاء العقد و من قوله (ص) فهو من مال البائع و امّا التّخيير من جهه ثبوت الخيار للمشترى بعد انصراف الدّليل الى التّلف بنفسه لجريان دليل تعذّر التّسـليم الموجب لخيـاره بين الفسـخ فيرجع على البائع بالمسـمّى و القبول فيرجع ببـدله الواقعى ففيه انّ التعـذّر المسـبّب عن التّلف لم يثبت سـببيّه للخيار و ان قلنا به فى بيع الضالّ و نحوه و حـديث نفى الضّرر الّذى هو الاصل فى ثبوت هذا الخيار يدفعه ما وضـعه الشّارع من الضّمان بالبدل الواقعى لمن اتلف مال غيره و من هنا يعلم انّه لو اغمضنا عن كون الانفساخ فى صوره التّلف على وفق القاعده و قلنا بانّه من باب التعبّد فالاقوى فى صوره اتلاف البائع هو ضمان المثل و القيمه فتدبّر و ان كان

الاتلاف من الاجنبىّ جرى ما تقدّم من الوجوه الثّلاثه و الاقوى هو الاوّل لما عرفت من انّ وجوب القبض من شئون العقد و النبوّى يشمل بإطلاقه لصوره الاتلاف و لو قلنا بانّ الانفساخ على خلاف القاعده و النبوّى منصرف الى غير الاتلاف لانصراف لفظ التّلف الى ما كان بآفه فالاوجه تعيّن الضّمان بالمثل و القيمه الّا انّ القول بالتّخيير منسوب الى الاشهر بل المشهور بل فى الجواهر ظاهرهم الاتّفاق عليه

[مسأله تلف الثمن المعيّن قبل القبض كتلف المبيع المعيّن فى جميع ما ذكر]

قوله (و يمكن ان يستظهر من روايه عقبه المتقدّمه)

بل هى كالصّريحه فى ذلك فانّ احتمال كون المبتاع هو البائع و عود ضمير الحقّ الى المشترى مستلزم لعدم الجزاء للشّرط المذكور فانّ الحكم السّابق على الشّرط كان ضمان البائع و ذكر الشّرط ح يكون لغوا و امّا احتمال كون الضّمان الثّابت على المشترى هو ضمان اليد لا المعاوضى فهو كما ترى خلاف السّياق

قوله (كما قال فى التّذكره لو اكلت الشّاه الخ)

و الغرض من نقل كلام العلّامه فى التّذكره اطلاقه لفظ المبيع على الثّمن

قوله (و ظاهر هذا الكلام كونه مسلّما بين الخاصّه و العامّه)

و هذا يؤيّد كون الحكم عندهم على طبق القاعده و من البعيد ان يكون المستند عندهم للتعدّى الى الثمن و الى غير البيع هو النصّ خصوصا فى التعدّى الى غير البيع و مع ذلك فقد يستظهر من عبارات المتن فى المسأله انّ بناء المصنّف كبعض اخر هو كون الحكم مخالفا للقاعده و مقتضاه ح هو الاقتصار فيما خالفها على المتيقّن من مورد الدّليل من المبيع دون الثّمن فضلا عن غير البيع من سائر المعاوضات و مجرّد ظهور كلام العلّامه لا يكون دليلا فى مثل هذا الحكم على تقدير كونه على خلاف القاعده و ينبغى التّنبيه على امرين الاوّل انّ بناء على التعدّى فى الحكم المذكور الى المعاوضات و ما يشبهها فتلف المملوك بالعقد قبل القبض مضمون على من انتقل عنه بعوضه فى المعاوضات و بمثله او قيمته فيما يشبهها و ليس بمعاوضه حقيقيّه امّا كونه مضمونا بعوضه فى المعاوضات الحقيقيّه فلما تقدّم بيانه على كلّ من التّقديرين اى تقدير كون الحكم على خلاف القاعده و كونه على وفاقها و امّا كونه مضمونا بالمثل او القيمه فى غير المعاوضات الحقيقيّه فلانّه اذا تلف الصّداق مثلا قبل القبض فلا يوجب تلفه فسخ النّكاح لانّ البضع ليس عوضا حقيقيّا للصّداق حتّى يقال انّه اذا صار الصّداق ملكا للزوج فلازمه صيروره عوضه اعنى البضع ملكا للزّوجه لئلّا يلزم كون الزّوج مالكا للعوضين بل يحكم ببطلان العقد بالنّسبه الى هذا الصّداق الخاصّ بمعنى انّه يخرجه عن كونه صداقا و يصير ملكا للزّوج و لازمه ح ان يحكم بلزوم المثل او القيمه

عليه لانّه لا يجوز الحكم بسقوط الصّداق رأسا اجماعا و لانّه يلزم ان يخرج النّكاح عن كونه شبه معاوضه و يحتمل ان يكون الضّمان فى اشباه المعاوضات من ضمان اليد لانّ الصّداق مثلا مال الغير و قد تلف فى يد الزّوج فهو ضامن له و على ايّ حال فالظّاهر عدم الاشكال فى ثبوت الضّمان بالمثل او القيمه و لا بدّ من المراجعه الى كلماتهم فى هذه المسأله فتأمّل الثّانى انّ بناء على التعدّى و ما هو الظّاهر منهم فى خصوص الاجاره من كون الاجره التّالفه قبل القبض من مال المستاجر و كون المنفعه التّالفه قبل القبض من مال الاجير فان قلنا انّ مجرّد فراغ الاجير من العمل تسليم فلا شى ء على الاجير لو تلف العين بعد فراغه من عمله الّذى عمل فيها بمعنى انّه ليس بضامن للعمل بل تلف من مال المستاجر لكونه تلفا بعد القبض و ان قلنا انّ فراغه من العمل ليس تسليما له ما لم يسلّم العين الى المستاجر فيضمنه الاجير بعوضه اعنى الاجره فلا اجره له لكونه تالفا قبل القبض هذا حكم العمل و امّا العين الّتى هى محلّ للعمل لو فرض تلفها أيضا فليس الاجير بضامن لها ما لم يفرّط لكونها امانه بيده و ممّا ذكرنا يظهر انّه لو قيل بكفايه الفراغ من العمل للتّسليم و فرض تلف المنفعه و العين الّتى هى محلّه من غير تفريط لما كان الاجير ضامنا لشى ء منهما و يستحقّ مع ذلك الاجره كما لا يخفى ثمّ انّه بناء على التعدّى لو اتلف الاجير العمل بعد فراغه منه قبل ان يسلّمه الى المستاجر فهو ضامن لمثله او قيمته ان قلنا انّ مجرّد الفراغ من العمل تسليم له و لكنّه يستحقّ اجره العمل و ان قلنا انّه ليس تسليما له جرى فيه الاحتمالات المذكوره فى المبيع الّذى اتلفه البائع قبل القبض

[مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

قوله (و كيف كان فلا اشكال و لا خلاف فى المسأله)

لكون الفرض عندهم من تلف المبيع قبل قبضه بعد فرض انحلال البيع الى بيوع متعدّده فلو تلف احد العبدين الّذين باعهما صفقه او تلف منّ من الحنطه من عشره امنان انفسخ العقد بالنّسبه إليه بخصوصه بما يقابله من الثّمن و يتخيّر المشترى فى ردّ الموجود منه و الرّجوع بجمله الثّمن لتبعّض الصّفقه و قبوله بما يقابله منه و قد يشكل بناء على القول بمخالفه الحكم بالانفساخ للقاعده فى الحكم به فى تلف بعض المبيع و كون التّالف بخصوصه من مال البائع بانّ مقتضى القاعده ح هو وجوب الاقتصار فى الانفساخ على المتيقّن خروجه منها و هو تلف جميع المبيع و ذلك لدعوى انصراف المبيع عن بعض المبيع و ظهوره فى المنتقل الى المشترى بعقد مستقلّ لا فى ضمن العقد الواقع على المجموع و لو استند البيع الى جزء واحد مقتصرا عليه كان ظاهرا فى

انتقاله بعقد مستقلّ و لذا لم يطلق على بيع الكلّ البيوع المتعدّده فيجب الرّجوع فى تلف البعض مع القبول و عدم الردّ الى ما يقتضيه القاعده من ضمان المثل او القيمه و من هنا قد يقال انّ اتّفاقهم كما هو الظّاهر على انفساخ البعض التالف بما يقابله من الثّمن من الشّواهد على كون الحكم موافقا للقاعده و لكنّ الانصاف تماميّه دعوى انّ البعض التّالف مبيع تلف قبل قبضه و انّ البيع يتعلّق بكلّ جزء اذ حقيقه البيع هو التّمليک بعوض و كلّ جزء كذلک و الانصراف المذكور بدوىّ و يشهد له حكمهم بانّه اذا ظهر فقدان البعض من حين العقد بطل بالنّسبه إليه و صحّ فى الباقى مع الخيار و هذا من جهه صدق المبيع على كلّ جزء ممّا وقع عليه العقد

قوله بخلاف نقصان الصّفه و فيه تامّل)

الظّاهر انّه إشاره الى عدم الفرق بين نقصان الجزء و نقصان الصّفه فى ثبوت حكم العيب و هو الخيار بين الردّ و الارش لانّ ميزانه هو النّقص عن الخلقه الاصليّه مطلقا فلا وجه لاظهريّه ثبوت الارش فى نقص الجزء و يحتمل ضعيفا ان يكون إشاره الى ما سيذكر من المناقشه فى ثبوت اصل الارش فيما لا يقابل بجزء من الثّمن

قوله (عدم الارش هنا مع قوله به فى العيب فتأمّل

يحتمل ان يكون إشاره الى تردّد الشّرائع فى ثبوت الارش و التردّد ليس ظاهرا فى العدم قال فى الشّرائع و اذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشترى كان من مال البائع و كذا ان نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشترى ردّه و فى الارش تردّد ه

قوله (لا خلاف فى انّ للمشترى الردّ و امّا الخلاف فى الارش)

قد تقدّم عند الكلام فى الرّابع من مسقطات خيار الغبن انّ مقتضى القاعده فى وصف الصحّه اذا تخلّفت و لم يكن مشروطا فى ضمن العقد كما هو مفروض كلامهم فى خيار العيب ان لا يوجب خيارا و لا ارشا كما هو مقتضى القاعده فى غيره المعبّر عنه بوصف الكمال كالكتابه لو لم يكن وصفها مذكورا فى العقد و ان تباينا عليه نعم لو اوقع العقد على انّه كاتب و بشرط الكتابه فتخلّفه يوجب الخيار من باب تخلّف الشّرط و مثل ذلک تخلّف وصف الصحّه و لكنّهم ذكروا فى خيار العيب بلا خلاف انّ تخلّف وصف الصحّه يوجب خيار المشترى بين الفسخ و عدمه مع اخذ الارش و اختلفوا فى المقام و هو حكم العيب الحادث قبل القبض فى الارش و عدمه بعد اتّفاقهم على انّ للمشترى الردّ و الاقوى فيه أيضا خيار المشترى بين الردّ و عدمه مع الارش و استدلّ عليه فى المختلف و غيره بانّ المبيع لو تلف اجمع لكان من ضمان البائع فكذا ابعاضه و صفاته و اورد عليه

بـانّ تلف بعض المبيع ممّا لا يقسّط عليه الثّمن و تلف وصف الصـحّه مط سواء اشترط فى العقـد أم لا و تلف سائر الاوصاف اذا كان مع الشّـرط لا يوجب حـدوثه بعـد العقد و قبل القبض الّا الخيار بين الردّ و الامضاء و لا وجه للحكم بكونه من ضـمان البائع قياسا على تلف جميع المبيع لما قد عرفت انّ معنى الضّـمان انفساخ العقد بالتّلف و الرّجوع الى المسـمّى و الضّـمان بهذا المعنى انّمـا يتحقّق بتلف الجميع او بعضه ممّـا يقابـل بشـى ء من الثّمن لامكـان تحقّق الرّجوع ح بكـلّ الثّمن او بعضه بالانفساخ فى كلّ المبيع بالتّلف او بعضه و حيث كان التّالف جزء لا يقسّط عليه الثّمن او وصفا كذلك كيف يمكن فرض الضّمان بهذا المعنى فيه اذ لا رجوع فيهما بشـى ء من الثّمن المسمّى و ليس الارش من المسـمّى حتّى يمكن فى مورده فرض الانفساخ و الرّجوع بشى ء منه و المصـنّف قـد دفع الايراد و ذكر وجها لتعقّل انفساخ العقد و تخيير المشترى بين الردّ و الارش و لقد اجاد فيما افاد و هو انّ الضّـمان فى تلف المبيع و ابعاضه و اوصافه بمعنى واحد و هو فرض العقد بالنّسبه الى التّالف كان لم يكن غير انّه يختلف حكمه باختلاف التّالف فان كان الجميع كان الرّجوع بتمام المسـمّى و ان كان بعضا منه يقسّط عليه من الثّمن كاحد العبدين فرض كان لم يقع العقد على التّالف و وقع على الموجود الباقى منهما فيرجع بما يقابل التّالف من المسـمّى و يتخيّر للتّبعّض بين الردّ و قبول الموجود بمـا يقـابله منه و ان كـان التّلف بعضا لا يقسّط عليه من الثّمن او وصـفا مشـروطا اتّصافه به او يوجب فواته عيبا فيه كان ضمانه بمعنى فرض العقد بالنّسـبه إليه بخصوصه كان لم يكن و مرجعه الى تقدير كون العيب فى ملك البائع و وقوع العقد على المعيب فيجرى حكمه من التّخيير بين الردّ و الارش الّا انّه يشـكل هـذا بناء على كون الحكم بالانفساخ على خلاف القاعـده كما اعترف به لوجوب الاقتصـار ح على المتيقّن خروجه منهـا و هو تلف جميع المبيع او مـا يعمّه و مـا بحكمه من تلف بعض يقسّـط عليه الثّمن دون مطلق ابعاضه و اوصافه

قوله (و انّما ثبت الردّ لدفع تضرّر المشترى به)

و فيه انّ نفى الضّـرر لا يقتضى فى المقام جواز الردّ لانّ حدوث العيب فى المبيع بعد العقد و قبل القبض نظير حدوثه بعد القبض يكون حادثا فى ملك المشترى و ستسمع فى المتن انّه لو لا الاجماع على جواز الردّ لاشكل الحكم به

قوله (و يؤيّد ما ذكرنا من اتّحاد معنى الضّمان)

و اشتمال

الصّحيحه على ما هو ظاهر فى توقّف الملك على انقضاء الخيار كما تقدّم غير ضائر على انّه قد يحمل قوله (ع) فيها و يصير المبيع للمشترى على لزوم البيع و اختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه او يحمل على إراده قبضه و القول بانّ الظّاهر من الحدث ما كان من قبيل الموت خلاف الانصاف و الصّحيحه و ان كانت وارده فى ضمان البائع فى ايّام الخيار الّا انّها تؤيّد الحكم فى الضّمان قبل القبض

قوله (الّا انّه لمّا استندوا فى الردّ الى نفى الضّرر)

قد عرفت الاشكال فى هذا الاستناد و انّه لا فرق فى حدوث العيب بعد العقد بين كونه قبل القبض و بعده من حيث حدوثه فى ملك المشترى و نفى الضّرر لا يوجب تدارك النّقص الوارد على مال الغير بلا استناد الى غيره

قوله (و يحتمل تخيير المشترى بين الفسخ و الامضاء)

قال فى لك لو كان العيب من البائع او من اجنبىّ تخيّر المشترى بين الرّجعه على المتلف بالارش و بين فسخ العقد ه و الاقوى هو تخيير المشترى بين الفسخ و الامضاء من غير فرق بين كون التعيّب بفعل البائع او بفعل الاجنبىّ فان فسخ رجع البائع على الاجنبىّ بالارش و لكن ان امضى رجع بالارش الى البائع سواء كان التعيّب بفعله او بفعل الاجنبىّ و ذلك لما عرفت من انّ الحكم بالانفساخ على وفق القاعده و وجوب القبض من شئون العقد و انّ معنى انفساخ العقد بالنّسبه الى الوصف فواته فى ملك البائع و تقدير العقد كان لم يكن بالنّسبه الى حدوث هذا العيب فالمبيع فى ضمان البائع و يكون هو المطالب بالارش و يرجع البائع على المتلف مسائل الاولى لو كان المبيع بعضا من جمله معيّنه فهو على قسمين الاوّل ما يعبّر عنه باحد الكسور التّسع كالنّصف او السّدس من صبره معيّنه الثّانى ما يعبّر عنه بمقدار من الكيل او الوزن كمنّ او قفيز امّا الاوّل فلا اشكال فى كون المبيع مشاعا و يتحقّق قبضه بقبض الجميع ضمنا فاذا تلف الجميع بعد القبض كان المبيع فى ضمان المشترى و اذا تلف بعضه يحسب التّالف عليهما بالنّسبه و امّا الثّانى ففى تحقّق قبض المبيع بقبض الجميع ليتخيّر منه وجهان من حيث الابهام و عدم تعيّن المبيع الّا بعد تعيينه فليس مقبوضا بعنوانه و على هذا فلو تلف الجميع انفسخ العقد و كان المبيع من ضمان البائع و لو تلف بعضه و كان الباقى بمقدار المبيع فلا انفساخ و من انحصاره فى المعيّن الخارجى المقبوض و لا فرق بينه و بين القسم الاوّل فى صدق القبض بقبض الجميع و على

هـذا فلاـ انفسـاخ مطلقا من دون فرق بين تلف الجميع او البعض فان تلف الجميع كان ضـمان مقـدار المبيع على المشترى و من مـاله لاـنّه من التّلف بعـد القبض و ان تلف بعضه و كـان مقـدار المبيع باقيـا فهو للمشترى و هـذا هو الاـقوى الثّانيه قـد علمت انّ انفسـاخ البيع بـالتّلف قبل القبض انّما هو قبل التّلف آنا ما تحقيقا او تقـديرا لا من حين العقـد و انّه يترتّب على ذلك كون النّماء قبل التّلف للمشترى و ليعلم انّ الاصـحاب صـرّحوا بانّ النّماء المتجدّد قبل التّلف بيد البائع امانه لم يضمنه الّا تبعد او تفريط و هو فى محلّه لاـنّ الضّـمان باليـد مورده ما كان مسبوقا بملك الغير لا ما كان سابقا على حـدوثه لانّه المسـتفاد من حـديث على اليد حيث جعل الاخـذ صـله للموصول فاليد عند حدوث الملكيه للمشترى يد امانه و ممّا ذكرنا يعلم انّه لو لا اقتضاء العقد او حديث كلّ مبيع تلف قبل قبضه الخ لضمان المعاوضه لكان مقتضى القاعده كون المبيع امانه عند البائع من حين حدوث ملكيّه المشترى لاـنّه خـارج عن عنوان ضـمان اليـد و ليس الاصـل فى كلّ يـد على مال الغير و لو لم يكن مسـبوقا بملكه هو الضّـمان و بالجمله الضّـمان قبـل القبض انّما هو باقتضاء العقـد او بالنصّ و هما لا يـدلّان الّا على ضـمان المعاوضه الثّالثه قـد علمت فى مسـئله كون المبيع فى ضـمان من ليس له الخيـار انّ موردهـا هو مـا بعـد القبض و امّا قبل القبض فلا اشـكال فى كونه من البائع و لا تعارض تلـك القاعـده لقاعـده كون التّلف قبـل القبض من ضـمان البائع و انّه لو سـلّم التّعارض ففى صوره تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع و ثبوت الخيار له يكون التّرجيـح لقاعده التّلف قبل القبض و ليعلم انّه قد نسب الى المفيد فى المقنعه و السيّد فى الانتصار و سلّار فى المراسم انّهم ذهبوا فيمـا لو تلف المبيع قبـل القبض فى الثّلاثه الّتى يثبت فيها خيار التّأخير الى كون المبيع فى ضـمان المشترى و بعـد الثّلاثه فى ضـمان البائع لانّه ملكه بالعقد و كان التّأخير لمصـلحته بل عن الانتصار و الغنيه دعوى الاجماع عليه و عن الوسـيله و ابى الصّـلاح الحلبى التّفصـيل بين ما لو عرض البائع المبيع فلم يتسـلّم المشترى فهو من ضمانه و عدمه فمن ضمان البائع امّا المحكىّ عن المفيد و من تبعه من التّفصيل بين الثّلاثه و بعدها ففيه انّ التّعليل المنقول مضافا الى انّه عليل يأتى فيما بعد الثّلاثه و لا وجه لاختصاصه بها و الاجماع المـدّعى ممنوع بـذهاب المعظم الى خلافه و معارض بالاجماع المحكىّ عن الخلاف و ان استندوا الى قاعده كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار و الخيار فى الثّلاثه للبائع

ففيه مضافا الى ما اشرنا إليه انّه لا وجه لاختصاصه بالثّلاثه بل جريان الضّمان على المشترى بعدها اولى لانّ خيار التّأخير للبائع يحدث بعدها و امّا التّفصيل المنقول عن الوسيله فالظّاهر انّه ليس تفصيلا فى المسأله بل هو مبنىّ على تحقّق القبض عندهم بعرض البائع المبيع موضوعا او حكما فضمان المشترى ح من حيث انّه من التّلف بعد القبض الرّابعه قد يستثنى من قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه موارد منها ما لو اسلم عبد الكافر فانّه يجبر على بيعه من مسلم فلو تلف او ابق بعد بيعه و قبل قبضه فانّ فيه وجهين من عدم الانفساخ لاستلزامه الدّخول فى ملك الكافر و لو آنا ما قبل التّلف و نفى السّبيل كما يمنع عن مالكيّه الكافر للمسلم حدوثا و بقاء كذلك يمنع عن عود الملك إليه و من انّ نفى السّبيل منصرف عن هذا النّحو من الملك الى الملك المستقرّ و لو سلّم عدم الانصراف فالنّسبه بين القاعدتين عموم من وجه و التّرجيح فى المقام لعموم قاعده التّلف قبل القبض فانّ العود الى الملك من توابع ملكه السّابق و الاقرب هو الثّانى لما عرفت و قد سبق فى آخر شروط المتعاقدين فى مسئله عدم نقل العبد المسلم الى الكافر و فيما يستثنى من خيار المجلس ما ينفعك فى المقام و منها انّه لو جنى المملوک قبل القبض على نفسه تقبل فانّه من التّلف قبل القبض قطعا و ان كان باتلاف منه و امّا لو جنى قبل القبض بما يوجب قتله او استرقاقه حيث لا يكون الخيار للمالک فقد تقدّم فى شرائط العوضين انّ الاقوى صحّه بيعه ابتداء فلو الحق المقام بالتّلف و قيل بانّه من ضمان البائع لتعذّر التّسليم عليه قبل القبض لا وجه للاشكال عليه بانّه لا يعود فى ملک البائع بانفساخ العقد لجنايته لما اشرنا إليه من انّ الاقوى صحّه بيعه ابتداء و قد بسط المصنّف ره الكلام فى ذلک بما لا مزيد عليه فلا مانع من عود الملک الى البائع أيضا و لكنّ التّحقيق المنع عن الحاقه بالتّلف و انّه يتعذّر تسليم البائع ح و يظهر ذلک لمن راجع المسأله المشار إليها و الاقوى انّه من باب تعيّب المبيع قبل القبض بفعل احد غير المشترى و قد ذكرنا فى الحاشيه السّابقه انّ الاقوى تخيير المشترى بين الفسخ و الامضاء و منها ما لو باع العبد ممّن ينعتق عليه قهرا فتلف قبل القبض و الظّاهر عدم الاشكال فى عدم الانفساخ لانّ مقتضى الادلّه الانعتاق بمجرّد الملک و عدم زوال الحريّه بعد تحقّقها سواء قلنا بانّ الملک فيمن ينعتق عليه تحقيقى او تقديرىّ و قد سبق فى البحث عن مستثنيات خيار المجلس ما ينفعک فى المقام

و منها قد علمت فيما سبق انّه يلحق بالتّلف كلّ ما كان بحكمه و لو حصل فى العبد المشترى احد اسباب الانعتاق من الجذام و العمى و نحوهما قبل القبض فقد يقال بعدم ضمان البائع و انّه ينعتق على المالك و هو المشترى قياسا على الانعتاق عليه فى شراء احد عموديه و الاقوى ضمان البائع سواء قلنا بحصول الانعتاق بمجرّد العمى مثلا كما هو المشهور و ظاهر الاخبار المستفيضه او قلنا بكونه سببا لوجوب الاعتاق كما هو ظاهر خبر الجعفى عن ابى جعفر عليه السّلام حيث قال اذا عمى المملوک اعتقه صاحبه و لم يكن له ان يمسكه الخبر امّا على الثّانى فلا اشكال فى امكان الانفساخ فهو قبل قبضه فى ضمان البائع و ملحق بالتّلف و امّا على الاوّل فلانّ عروض المرض ليس من الاتلاف و يشمله كليّه كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه اذ لا فرق بين تلف الملک و الملكيّه فيقدّر الانفساخ قبل الانعتاق و ينعتق فى ملک البائع و منها ما لو باع العبد الآبق مع الضّميمه فتلف الآبق قبل القبض دون الضّميمه و تقدّم تفصيل الكلام فى ذلک فى مسئله بيع الآبق مع الضّميمه و منها ما لو كان المبيع جاريه فاولدها المشترى قبل تحقّق القبض فتلفت او ابقت قبل القبض ففى ضمان البائع بانفساخ البيع و عدمه وجهان من خروجها بصيرورتها أمّ ولد عن كونها ملكا طلقا و المنع عن نقلها الّا فى موارد خاصّه ليس المقام منها و من انّ المنع مخصوص بالنّواقل الاختياريّه و الانفساخ فى التّلف قبل القبض حكم قهرىّ شرعىّ و قد حكى عن جماعه جواز استردادها بخيار البائع و علّل ذلک بانّ الممنوع هو نقل المالک او النّقل من قبله لديونه و امّا الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدّليل خارج عن اختياره فلم يثبت فان قلت انّ الفسخ بخيار البائع انّما هو لسبق حقّه على حقّ المشترى من المنع بالاستيلاد و امّا فى المقام فحقّ المشترى بالاستيلاد سابق على سبب الانفساخ و هو التّلف قلت انفساخ العقد بالتّلف من شئون العقد و توابعه و فى الحقيقه هو السّبب للانفساخ حين التّلف و لا اشكال فى سبقه عليه و عليک بمراجعه ما تقدّم عند الكلام فى مسئله ما لو كان علوقها فى زمان خيار بايعها الخامسه لو ضمن الاجنبىّ درک الثّمن للمشترى عند تلف المبيع قبل قبضه فان كان الضّمان قبل التّلف لم يصحّ مطلقا سواء كان قبل قبض البائع للثّمن او بعده و سواء كان قبضه للثّمن قبل تلف المبيع او بعده و سواء تلف المبيع عنده او لم يتلف و ان كان بعد التّلف و قد قبض البائع الثّمن صحّ

مطلقا سواء تلف الثّمن أم كان باقيا بعينه امّا الاوّل فواضح لانّه من ضمان المال و قد انتقل الى ذمّه الضّامن و امّا الثّانى فهو و ان كان من ضمان العين و فى صحّته خلاف و الاشهر عندهم المنع الّا انّهم اجمعوا على الصحّه فى خصوص ضمان الثّمن للمشترى عن البائع بعد القبض و قبل التّلف و تفصيل الكلام يطلب فى باب الضّمان السّادسه لو باع الولىّ ما له من الصّغير او ابتاع منه لنفسه فهل يفتقر الولىّ مع ما كان المبيع مقبوضا له فى الفرضين الى قبض منوىّ به عن الصّغير فى الاوّل و عن نفسه فى الثّانى أم لا ـ فيكون التلف بعد العقد بمجرّده من المولّى عليه فى الاوّل و من الولىّ فى الثّانى وجهان من انّ المبيع فى الفرضين فى يد الولىّ و قبضه قبل البيع و بعده قبض واحد مستمرّ و لا يتشخّص فى القبض عن المشترى الصّغير أم الولىّ الّا بالقصد و من وقوع القبض قهرا بعد ما كان المال مقبوضا حيث انّ يد الولىّ على المبيع فى الاوّل كانت قبل البيع مالكيه و بمجرّد البيع تصير امانه و استيلائه عليه ح استيلاء عن الصّغير و فى الثّانى بالعكس من ذلك و الظّاهر الثّانى لما عرفت فيما مرّ انّ حقيقه القبض المعتبر هو استيلاء المشترى على المال و هو حاصل بعد البيع من دون حاجه الى القصد بل يمكن ان يقال انّ مجرّد تبدّل عنوان اليد بوقوع البيع كاف فى المقام فى حصول القبض و ان قصد عدمه و بالجمله لو كان للقبض مدخليّه لذاته فى تحقّق البيع لزم القصد تحقيقا لصدق القبض المتجدّد فانّ استدامه القبض ليست قبضا حقيقه و لكن لنا منع تناول دليل لزوم القبض فى المعاملات لمثل الفرض فيبقى اصاله استقلال العقد لتسبيب الملك بحاله و يؤيّد ذلك الاخبار الوارده فى هبه الولىّ للصّغير كالصّحيح عن الصّادق (ع) فى رجل تصدّق على ولد له قد ادركوا فقال اذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث فان تصدّق على من لم يدركوا من ولده فهو جائز لانّ الوالد هو الّذى يلى امره و موثّقه داود بن الحصين الهبه و النّحله ما لم يقبض حتّى يموت صاحبها قال هو ميراث فان كان لصبىّ فى حجره فاشهد عليه فهى جائزه و روايه جميل عن رجل وهب لابنه شيئا هل يصلح ان يرجع فيه قال نعم الّا ان يكون صغيرا حيث انّ الاصحاب اتّفقوا ظاهرا على انّه لو وهب الأب او الجدّ ما هو فى يده للولد الصّغير لزم العقد و وقع البحث فى اعتبار قصد القبض عن الصّغير بعد الهبه و المشهور على العدم تمسّكا بهذه الاخبار و الجواز فى الاولیین بمعنى النّفوذ و لم يقع فى هذه الرّوايات

تقييد بالقبض لو كان الموهوب له صغيرا من جهه تحقّق القبض بقبض الولىّ و لو كان القصد معتبرا وجب التّقييد به و الّا لزم تاخير البيان عن وقت الحاجه و العلّه المنصوصه فى الصّحيح موجبه للحكم به فى غير الهبه من سائر عقود المعاوضات فتدبّر السّابعه لو وكّل احدا فى اقباض المبيع للمشترى و فرّط الوكيل فى الاقباض حتّى تلف قبل قبضه انفسخ العقد بالتّلف و خرج المشترى عن كونه مالكا حينه و انتقل الى ملك الموكّل و كان التّلف منه و حيث كان السّبب تفريط الوكيل كان الضّمان عليه لموكّله فيرجع عليه لتفريطه و هل يرجع عليه بالمسمّى او بالمثل و القيمه وجهان من انّه فرّط فى الاقباض و كان تفريطه سببا لرجوع المشترى بالمسمّى و من انّ ضمان الوكيل ح من ضمان اليد لا من ضمان المعاوضه و يحتمل ضمان اكثر الامرين من القيمه و المسمّى فلو زاد القيمه على المسمّى عزمها و لو زاد المسمّى عليها عزم الزّائد أيضا الثّامنه لو اشترى عينا بعين و قبض احدهما ثمّ باع ما قبضه و تلفت العين الاخرى فى يد صاحبها كما لو باع ثوبا بعبد و قبض العبد فباعه من غيره ثمّ تلف المبيع و هو الثّوب قبل قبضه فان كان البيع قبل التّلف نفذ البيع لوقوعه فى ملكه و يغرم قيمه العبد للمشترى لانفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه و توهّم وقوف العقد الثّانى على حصول القبض من الطّرف الاخر و ذلك لتعلّق حقّ الغير بالمبيع على تقدير التّلف فلا يكون ملكا طلقا للبائع فى غير محلّه لانّ المنافى انّما هو فعليّه الحقّ لا مط و الّا لما جاز اتلافه باكل و نحوه مع انّه جائز بالضّروره و ان كان البيع بعده لم ينفذ بيع العبد لرجوعه الى المالك الاوّل بانفساخه من حين التّلف و مع الشّك فى السّبق و اللّحوق فالظّاهر صحّه البيع الثّانى و توضيح ذلك انّه اذا كان البيع و التّلف مجهولى التّاريخ و اريد اجراء الاصل فى واحد منهما بالإضافه الى الاخر فقد يؤخذ الموضوع وجوده المحمولى الّذى هو مفاد كان التامّه اى وجوده الخاصّ من دون ان يؤخذ فى حال الاخر قيدا له و فى هذا يجرى الاصل لانّه مسبوق بالعدم الازلى المطلق و الاصل عدم تحقّق وجوده الخاصّ و الشّكّ و ان كان فى الوجود الخاصّ الّا انّ استصحاب العدم المطلق يكفى فى رفع ذلك الّا انّ استصحاب العدم فى احدهما معارض باستصحاب العدم فى الاخر و قد يؤخذ الموضوع وجوده الرّابطى الّذى هو مفاد كان النّاقصه فلا يجرى الاصل لعدم يقين سابق اذ لم يحرز فى

زمان انّه كان و لم يكن فى زمان وجود الاخر حتّى يستصحب بل وجد امّا فى حال وجود الاخر او فى حال عدمه و على اىّ حال سواء جرى الاصل و سقط بالمعارضه او لم يجر يكون المرجع ما يقتضيه المقام من القاعده و هى اصاله حمل فعل المسلم و هو بيع العبد على الصحّه فان قلت انّ مقتضى الاصل ح بطلان بيع العبد لانّ مقتضى تعارض الاصلين و عدم تقدّم كلّ منهما على الاخر هو الاقتران الّذى لا ريب فى البطلان مع تحقّقه و ان قلنا بكون الاقتران امرا عدميّا فضلا عن كونه وجوديّا قلت انّ اثبات التّقارن باصاله عدم سبق كلّ منهما على الاخر يكون من المثبت و لو سلّم فالاصل يقتضى عدمه أيضا و اذا كان تاريخ البيع مجهولا فاستصحاب عدمه بالوجود المحمولى الى زمان التّلف لا يجرى لاثبات تاخّره عنه و المرجع أيضا هو اصاله الصحّه فى البيع و يمكن ان يوجّه صحّه البيع أيضا بانّ الشكّ فى بقاء الملك للعبد حين بيعه و عدمه مسبّب عن سبقه على التلف و مع تعارض الاصلين او عدم جريان الاصل فى السّبب يرجع الى ما يقتضيه الاصل فى المسبّب و هو بقاء الملك الى حين البيع الحاكم على اصاله عدم النّقل لانّ الشكّ فيه مسبّب عن الملك و عدمه و اذا كان تاريخ التّلف مجهولا فاستصحاب عدمه كذلك الى زمان البيع لا مانع من اجرائه و يكفى فى صحّه البيع و لا يحتاج الى اثبات تاخّر التّلف عنه قال فى الجواهر و لو جهل تاريخ كلّ من البيع الثّانى و التّلف اتّجه البطلان بناء على انّ مقتضى تعارض الاصلين الاقتران الّذى لا ريب فى البطلان مع تحقّقه و أمّا اذا قلنا بعدم الاقتران و انّ الاصل تقتضى عدمه أيضا فيمكن الصحّه تمسّكا باصالتها النّاشئه من اطلاقات البيع و عموماته فتأمّل انتهى و لعلّ وجه التّأمل فى جريان اصاله الصحّه فى امثال المقام مع انّها من الاصول المجمع عليها فتوى و عملا ما ذكره المصنّف قدّس سرّه فى اواخر كتاب البيع فى اختلاف المتبايعين فى مسئله ما لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التّخليه و اختلفا فى تقدّم التّلف على البيع و تاخّره من الاشكال فى جريانها فى نفسها مع قطع النّظر عن التّنازع و ملخّصه انّ صحّه العقد عباره عن كونه بحيث يترتّب عليه الاثر شرعا فاذا فرضنا انّه عقد على شى ء معدوم فى الواقع فلا تاثير له عقلا فى تمليك العين لانّ تمليك المعدوم لا على قصد تمليكه عند الوجود و لا على قصد تمليك بدله مثلا او قيمه غير معقول فاذا شككنا فى وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم و فيه ما ذكرناه هناك فراجع و اللّه تعالى هو العالم

[مسأله الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمه بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلّا توليهً]

قوله (قال سألت أبا عبد اللّه

عن قوم اشتروا بزّا)

هو بالرّاء المعجمه من الثّياب امتعه التّاجر و منه البزّاز

قوله (و روايه معاويه بن وهب)

هذه أيضا صحيحه السّند لانّ الشّيخ ره رواها باسناده عن الحسين بن سعيد عن علىّ بن النعمان عن معاويه بن وهب و قد يناقش فيها بانّ السّؤال و ان كان عن البيع قبل القبض الّا انّ الجواب نهى عن بيع المكيل و الموزون الّا بعد كيله او وزنه و مرجع الامرين الى شى ء واحد بناء على القول بانّ القبض فى المكيل و الموزون هو الكيل و الوزن و امّا بناء على غيره من سائر الاقوال المتقدّمه فى ماهيّه القبض فالمسألتان متغايرتان و لازم هذه الرّوايه صحّه البيع لوكيل او وزن بمحضر المشترى من دون حصول القبض ثمّ انّه يستفاد من ذيلها انّ بيع التّوليه يقع أيضا على ما بذله من الثّمن و ما غرمه من حيث التّعبير بالّذى قام عليه و يشهد لذلك ما عن التّذكره حيث قال و لبيع المرابحه عبارات اكثرها دورانا على الالسنه ثلاثه الاولى بعتك بما اشتريت او بما بذلت من الثّمن و ربح كذا الثّانيه بعتك بما قام علىّ و ربح كذا او بما هو علىّ و ربح كذا الثّالثه بعتك برأس المال و ربح كذا فاذا قال بالصّيغه الاولى لم يدخل فيها الّا الثّمن خاصّه و اذا قال بالثّانيه دخل فيه الثّمن و ما غرمه من اجره الدّلال و الكيّال و الحمّال و الحارث و القصّار و الرّفاء و الصّباغ و الخيّاط و قيمه الصّبغ و اجره الختان و تطيين الدّار و سائر المؤن الّذى يحفظ فيه المتاع لانّ التربّص ركن فى التّجاره و انتظار الارزاق و امّا المؤن التى يقصد بها استبقاء الملك دون الاسترباح كنفقه العبد و كسوته و علف الدابّه فلا تدخل فيه انتهى

قوله (و مفهوم روايه خالد بن الحجّاج الكرخى)

و زاد الشّيخ فى التّهذيب بعد ما فى المتن من قوله (ع) كما اشتريت قوله (ع) و ليس لك ان تدفع قبل ان تقبض قلت فاذا قبضته جعلت فداك فلى ان ادفعه بكيله قال لا بأس بذلك اذا رضوا و فى الفقيه خالد بن حجاج الكرخى عن ابى عبد اللّه (ع) مثله و زاد قال و قلت له اشترى الطّعام من الرّجل و ابيعه من رجل اخر قبل ان اكتاله فاقول ابعث وكيلك حتّى يشهد كيله اذا قبضته قال لا بأس

قوله و مصحّحه على بن جعفر عن اخيه)

فى التّهذيب و سأل علىّ بن جعفر اخاه موسى بن جعفر عليهما السّلام عن الرّجل يشترى الطّعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه قال اذا ربح لم يصلح حتّى يقبض و ان كان توليه فلا بأس و سألته عن الرّجل يشترى الطّعام أ يحلّ له ان يولّى منه قبل ان يقبضه قال اذا لم يربح عليه شى ء فلا بأس فان

ربح فلا يصلح حتّى يقبضه و كلام المصنّف ره حيث يقول و فى معناها روايته الاخرى إشاره الى ما نقلناه من الزّياده

قوله (و المشهور بين المتاخّرين فالكراهه لروايات صارفه

هذا هو الأقوى ثمّ انّه لا بدّ من التّنبيه على امر و هو تعيين حكم بيع المواضعه و المساومه قبل القبض فعلى القول بالكراهه قال فى الجواهر بعد اختيارها انّه قد يقوى فى النّفس خفّه الكراهه فيها بالنّسبه الى التّوليه اذ الظّاهر انّ المراد من النّصوص انّه مع البيع مرابحه ينبغى الكيل و الوزن و عدم الاكتفاء بالاخبار كما هو المناسب لاخذ الرّبح و دفعه أمّا اذا لم يكن فيه ربح فاللّائق اخذه منه كما اشتراه بالاخبار و نحوه و لا ينبغى مداقّته لعدم حصول ربح له فلا ريب فى اولويّه المواضعه ح فلاحظ النّصوص و تامّل ما ذكرناه تجده واضحا انتهى و هو حسن و على القول بالحرمه فيختلف مفاد الاخبار المذكوره فصحيح علىّ بن جعفر ادار المنع مدار الرّبح و مفهومه جواز التوليه و المساومه و المواضعه لعدم الرّبح فى شى ء منها فيقيّد به ما دلّ من الاخبار المذكوره على المنع الّا فى التّوليه و المناقشه بانّ المفهوم لا يقاوم المنطوق لانّه اضعف ظهورا ممنوعه بما ثبت فى محلّه من انّ دلاله المفهوم لا يقصر عن دلاله المنطوق و روايه ابى بصير الآتيه تدلّ على الجواز فى خصوص التّوليه و على المنع عن المواضعه أيضا الّا انّها ضعيفه السّند جدّا لا تقاوم مفهوم الصّحيحه فتأمّل

قوله (و هو اولى من حمل تلك الاخبار على الكراهه)

و فيه انّ شمول اطلاق هذه الاخبار لغير التّوليه اظهر من ظهور الاخبار المشتمله على النّهى فى الحرمه فكيف بالاخبار المشتمله على كلمه لا يصلح و نحوها و يشهد لحملها على الكراهه خبر ابى بصير الآتى

قوله (و هو قول الشّيخ فى ط مدّعيا عليه الاجماع)

عن ط اذا ابتاع شيئا و اراد بيعه قبل قبضه فان كان طعاما لم يجز له بيعه حتّى يقبضه اجماعا و امّا غير الطّعام من سائر الاموال فانّه يجوز بيعه قبل القبض ه

قوله (كما يظهر من الاستدلال فى التّذكره للمانعين)

لكن من الواضح انّ هذا الدّليل الاعتبارى لا يقاوم اطلاق النّصوص و فتاوى المانعين

قوله (ثمّ انّ ظاهر اكثر الاخبار المتقدّمه المانعه)

فانّ النّهى فيها راجع الى نفس البيع كبيع المجهول و نحوه و النّهى على تقدير دلالته على الحرمه متعلّق بمصلحه لا تتمّ الّا ببطلان البيع

قوله (الّا انّ المحكىّ عن المختلف)

قد احتجّ لذلك بما تقرّر عندهم فى الاصول من عدم اقتضاء النّهى فى المعاملات الفساد و فيه انّ الامر كذلك اذا لم يكن النّهى للارشاد الى الفساد كما هو الشّائع فيها

قوله (فى شرح قول المصنّف قدّس سرّه و لو احال)

و سيجى ء من المصنّف قدّس سرّه نقل عباره الشّرح فى اواخر الامر الثّالث

قوله (و يؤيّده تعليل المنع فى طرف المبيع)

و لكن من الواضح انّ الحكم بتوقّف جواز بيع المكيل و الموزون على القبض على خلاف الاصل و العمومات فيقتصر فيه على مورد النصّ و هو المبيع

قوله (و اقبضه لنفسک جرى فيه الخلاف فى بيع ما لم يقبض)

لا يخفى انّ الظّاهر كون مفروض البحث و الخلاف هو ما لو قال اقبضه لنفسک كما هو صريح العباره المذكوره فى المتن و امّا لو قال اقبضه لى ثمّ اقبضه لنفسک و فعل كذلك فلا اشكال فى الصحّه الّا بناء على عدم جواز تولّى طرفى القبض و الاقرب جوازه كما سيجى ء

قوله (لكن يرد على ما ذكره الشّهيد

قد ذكر هذا الايراد صاحب الجواهر حيث يقول انّ ما ذكره الشّهيد ره لو سلّم فانّما هو فى الفرد الّذى يتشخّص بالدّفع و القبض امّا الّذى يتشخّص بعقد الحواله كما فى المقام فقد يمنع صدق اسم السّلم عليه اذ هى عقد مستقلّ يحصل به ملک ما فى الذمّه و لا ينصبّ عقد السّلم عليه انتهى

قوله (و المسأله تحتاج الى فضل تتّبع)

لا اشكال فى انّ المنهىّ عنه هو بيع المكيل و الموزون قبل قبضه و صدق ذلک على مفروض المسأله سواء كانت بعنوان الوكاله او الحواله و سواء كانت الحواله استيفاء او معاوضه مستقلّه محلّ منع لما عرفت من انّ الاقتصار فى مخالفه الاصل على المتيقّن هو المتعيّن فعدم لحوق حكم حرمه البيع او كراهته للمقام لا يخلو عن قوّه نعم ربما التزم المحقّق و الشّهيد الثّانيان بالكراهه فى المسأله لا من باب الالحاق بمسأله البيع قبل القبض بل خروجا عن شبهه خلاف الشّيخ و غيره و تحرّزا عن الشّبهه و لا بأس به و الاحتياط حسن على كلّ حال

قوله (ذكر جماعه انّه لو دفع الى من له عليه طعام الخ)

بل عن الحدائق نسبته الى الاصحاب و فى الجواهر عدم وجدان الخلاف فيه و لو لا عدم الخلاف ظاهرا لمنعنا التّعليل لعدم الصحّه فى المقام بما ذكر من الوجه بما ذكرنا فى بيع الفضولى لنفسه من انّ حقيقه البيع هو تبديل مال بمال و تمليک احدهما بالآخر فلا يعتبر فى حقيقه المعاوضه تعيين من انتقل منه و إليه و دخول احد العوضين فى ملک من انتقل عنه الاخر فانّ ذلک

ليس من مقوّمات الانشاء او العوضين و لكن اتّفاق كلمتهم يوجب الاقتصار على المتيقّن من اطلاق ادلّه البيع و الرّجوع الى اصاله عدم الانتقال الّا اذا علم بانتقال احد العوضين الى غير مالكه قبل

المعاوضه او بانتقال العوض الاخر إليه بعدها

[مسأله لو كان له طعامٌ على غيره فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمّته]

قوله (فلا اشكال فى عدم وجوب ادائه فى ذلك البلد)

و فى الجواهر عدم وجدان الخلاف فى هذا و لكن عن جامع المقاصد انّه قال و يشكل بانّه ربما لم يكن مريدا الى بلد السّلف او انّ المسلم فيه لا يوثق بعوده إليه و الظّفر به هناك بل ربما يكون قد هرب من المسلف فلم يظفر به الّا بعد مدّه فيكون منعه من مطالبته مفضيا الى ذهاب حقّه ابدا و طريقا الى مدافعه الغريم عن اداء الحقّ دائما و ذلك ضرر بيّن مع كون الدّين حالّا و الاستحقاق له ثابتا الى ان قال و التّحقيق ان يقال له المطالبه به ان كان فى موضع المطالبه مثل بلد السّلف او ادون و ان كان اكثر فله المطالبه بقيمه بلد السّلم لتعذّر المثل و لو اتاه برهن او ضمين و تهيّأ للمسير مع أوّل رفقه فالظّاهر عدم وجوب الصّبر لما فيه من الضّرر و تاخير الدّين الحالّ المستحقّ انتهى و التّحقيق انصراف الاطلاق الى بلد العقد و هو كالشّرط الضّمنى الّا ان تكون هناك قرنيه على خلاف ذلك سواء كانت القيمه فى موضع المطالبه مثل بلد السّلف او ادون او كانت اكثر و لو علم انّ المديون لا يرجع الى بلد العقد او انّه لا يظفر به هناك او انّ الحقّ يفوت بالتّأخير يرفع امره الى الحاكم و كون القيمه مساويه او ادون لا يجوّز المطالبه فى غير بلد السّلف لجواز ان يكون المديون قادرا على عين الحقّ فى بلد التّسليم عاجزا عنها فى غيره و ان كان انقص قيمه فكيف يحكم بجواز المطالبه مع انّه ضرر عليه و مخالف لما اقتضاه الاطلاق و امّا جواز المطالبه بقيمه بلد السّلم على تقدير ان تكون فى بلد المطالبه اكثر ففيه ما افاده فى الجواهر من انّا لو قلنا انّه يجب عليه فى ذلك اليوم التّسليم فى العراق و هو متعذّر فالمتّجه فيه السّقوط لقبح التّكليف بما لا يطاق و يبقى خطاب الوضع و هو ثبوت الدّين لا انّه ينتقل الى القيمه قياسا على تعذّر المسلم فيه فى بلد السّلم بعد بطلان القياس عندنا انتهى بل الانتقال الى القيمه انّما هو بتعذّر المثل و مجرّد زياده القيمه لا يعدّ منه فالمتّجه ما ذكره الاصحاب من دون اشكال

قوله (و لو طالبه فى ذلك البلد بقيمته فى بلد وجوب التّسليم)

اختلفوا فى هذه المسأله على اقوال ثلاثه الاوّل ما نقله عن الشّيخ من عدم الجواز و هو مختار جماعه الثّانى الجواز مع الكراهه و عليه جماعه اخرى منهم المحقّق فى الشّرائع بناء على مختارهم فى بيع المكيل و الموزون قبل قبضه و هذا أيضا بناء على إراده بيع ما فى ذمّته بالقيمه او إراده مطلق الاستبدال عن البيع المنهىّ عنه كما هو ظاهر عنوان القيمه الثّالث الجواز

من غیر حرمه و لا کراهه و عن الحدائق انّه المشهور بین المتاخّرین و استدلّوا علیه بجمله من النّصوص منها مرسل ابن ابی عمیر الّذی هو کالصّحیح المرویّ فی کافی و التهذیب عن ابان عن بعض اصحابنا عن ابی عبد اللّه (ع) فی الرّجل یسلف الدّراهم فی الطّعام الی اجل فیحلّ الطّعام فیقول لیس عندی طعام و لکن انظر ما قیمته فخذ منّی ثمنه قال لا بأس بذلک و منها صحیح العیص بن القاسم المرویّ فی کافی و الفقیه و التهذیب عن ابی عبد اللّه (ع) قال سألته عن رجل اسلف رجلا دراهم بحنطه حتّی اذا حضر الاجل لم یکن عنده طعام و وجد عنده دوابّا و رقیقا و متاعا أ یحلّ له ان یأخذ من عروضه تلک بطعامه قال نعم یسمّی کذا و کذا بکذا صاعا و فی دلالته علی الجواز اذا ارادوا دفع القیمه بعنوان الاستیفاء منع لانّ الصّحیحه صریحه فی التّسمیه علی وجه المعاوضه و التّوجیه بانّه لمّا کانت القیمه عروضا لا دراهم فلا بدّ من تشخیصها فی مقابله الطّلب الّذی له فیحصل بذلک استیفاء حقّه کما تری و منها خبر ابن فضّال المرویّ فی کافی و التهذیب قال کتبت الی ابی الحسن (ع) الرّجل یسلفنی فی الطّعام فیجی ء الوقت و لیس عندی طعام اعطیه بقیمته دراهم قال نعم و منها المرویّ فی یب عن الصّفار عن محمّد بن عیسی عن علیّ بن محمّد و قد سمعته عن علیّ قال کتبت إلیه رجل له علی رجل تمر او حنطه او شعیر او قطن فلمّا تقاضاه قال خذ بمالک عندی دراهم یجوز ذلک له أم لا- فکتب (ع) یجوز ذلک عن تراض منهما إن شاء اللّه لکن هذه الاخبار لا دلاله فیها علی جواز مطالبته القیمه و دفعها بعنوان الایفاء و قد علمت انّه لا وجه لجواز مطالبه الطّعام فی غیر بلد الاستحقاق حتّی یکون تعذّره مثلا- موجبا للانتقال الی البدل و علی فرض التّسلیم ینتقل الی المثل لا القیمه علی انّ خبر علیّ بن جعفر (ع) عن اخیه موسی بن جعفر (ع) الّذی رواه الحمیری و الشّیخ فی یب یدلّ علی المنع ففیه قال سألته عن رجل له علی اخر تمر او شعیر او حنطه أ یأخذ بقیمته دراهم قال اذا قوّمه دراهم فسد لانّ الاصل الّذی یشتری دراهم فلا تصلح دراهم بدراهم فالقول الّذی لا محیص عنه انّ دفع قیمه بلد الاستحقاق فی غیره ان کان بعنوان الایفاء فالظّاهر عدم الجواز و ان کان بعنوان البیع علی وجه التّراضی کان جائزا علی کراهه

قوله (و أمّا اذا لم یرض المسلم إلیه)

الظّاهر عدم جواز الاجبار لانّ الواجب فی ذمّته هو الطّعام و هو ما یستحقّه المسلم و لم یثبت

جواز المطالبه فى غير بلد العقد و على تقدير جوازها لا وجه لمطالبه القيمه من دون فرق بين تقصير المسلم إليه و عدمه و القيمه لم تكن موردا للعقد و لم يقم دليل على استحقاقها و ما ذكروه من التّعليلات لا يفيد الوجوب و بالجمله لا وجه لجواز مطالبه الطّعام او القيمه سواء كانت مساويه لقيمه بلد الاستحقاق او ادون او اكثر

قوله (الثّانيه ان يكون ما عليه قرضا)

لا اشكال فى انّه اذا اشترط الاداء فى بلد التّسليم او غيره لزم الوفاء به و محلّ البحث هو جواز المطالبه بالمثل او القيمه فى غير بلد القرض من غير تقييد و اقتضاء الاطلاق دفعه فى ذلک البلد و فيه اقوال الاوّل ما حكاه عن لف من انّه يجب على المديون دفع المثل عند المطالبه فان تعذّر فالقيمه بسعر بلد القرض الثّانى ما عن المبسوط و التّذكره من انّه لا يجبر على دفع الطّعام و انّما يجبر على دفع قيمته بسعر بلد القرض الثّالث ما عن جماعه منهم ما عن الارشاد و المسالک من عدم وجوب دفع شى ء من المثل او القيمه نعم يجوز المطالبه بالدّفع فى بلد القرض و يجوز الاجبار عليه و هذا هو الّذى اختاره

قوله (خلافا للمحكيّ عن المختلف و قوّاه جامع المقاصد هنا)

و استدلّ له بالموثّق عن سماعه عن ابى عبد اللّه (ع) قال سألته عن رجل لى عليه مال فغاب عنّى زمانا فرأيته يطوف حول الكعبه فاتقاضاه قال قال لا تسلّم عليه و لا تردعه حتّى يخرج من الحرم محلّ التّسليم و ترک الاستفصال بين انّ محلّ التّسليم هل كان هو الحرم او مكان آخر و بين انّ المال هل كان من القرض او من غيره يفيد العموم و لا يخفى عدم دلاله الرّوايه على المطلوب اذ الكلام فى جواز المطالبه بالتّسليم فى غير بلد التّسليم لا فى جواز المطالبه فى غير بلد التّسليم بالتّسليم فى بلد التّسليم اذ لا اشكال فى جواز ذلک و الرّوايه ساكته من هذه الجهه اذ غايه ما تدلّ عليه المنع من المطالبه فى الحرم و جوازها فى خارجه امّا دلالتها على جواز المطالبه بالتّسليم فى موضع المطالبه فمنفيّه و قد يستدلّ له أيضا بانّ اطلاق القرض ليس كاطلاق عقد البيع فى الانصراف الى بلد الحدوث نعم اذا اشترط الاداء فى بلد القرض ليس له المطالبه فى غيره و فيه منع ظاهر

قوله (و فيه تامّل فتأمّل)

لعلّ وجهه انّ بعد ما جوّز مطالبه المثل فى غير بلد القرض فالذمّه مشغوله بالمثل هناک و اللّازم عند الانتقال الى القيمه هى قيمه موضع الانتقال إليها لا هى موضع حدوث اشتغال الذمّه و سيصرّح المصنّف بمثل هذا فى المسأله الثّالثه

قوله (و ظاهر بعض عدم جواز المطالبه)

هو العلّامه فی الارشاد و الشّهید الثّانی فی المسالک و جمع من المتاخّرین

قوله (تسلیم المثل الی مضیّ زمان فتأمّل)

الظّاهر انّه إشاره الی ما تقدّم منه قدّس سرّه فی وجه جواز المطالبه بقیمه بلد الاستحقاق و هو لزوم الاضرار

قوله (الثّالثه ان یکون الاستقرار من جهه الغصب)

فی المسأله اقوال الاوّل ما حکاه عن الشّیخ و القاضی الثّانی جواز المطالبه بالمثل و مع تعذّره فی بلد المطالبه لزم قیمه ذلک البلد وقت الدّفع و علیه جماعه من الاصحاب و هو الاقوی امّا اصل الجواز فلانّ الاستقرار کان بالعدوان من دون رضا حتّی یمکن ان یقال بانصراف ثبوت الحقّ الی مکان مخصوص مضافا الی انّ الغاصب مأخوذ بأسوإ الاحوال و امّا ثبوت القیمه المذکوره مع اعواز المثل فلما سبق من عدم سقوط المثل عن الذمّه بمجرّد التعذّر بل هو باق فیها الی وقت الاداء و اداء القیمه انّما یکون بدلا عنه الثّالث ما اختاره فی المختلف و هو جواز مطالبه الغاصب بالمثل و مع تعذّره فقیمه بلد الغصب لانّه غصب هناک ثمّ احتمل بقیمه بلد المطالبه و الجواب انّ المفروض تجویزه مطالبه المثل فی غیر بلد الغصب فالذمّه مشغوله به فی ایّ مکان کان الی وقت اداء القیمه بدلا عنه لتعذّره و بعباره اخری تعذّر المثل سبب لاداء بدله و هو القیمه فکیف یمکن التّفکیک بینهما و اللّه تعالی هو العالم و هنا نقطع الکلام حامدین للّه تعالی علی الاتمام و الصّلاه و السّلام علی «النّبی محمّد خیر الانام و آله السّاده البرره الکرام» قد تمّ تحریر هذا الکتاب بید اقلّ العباد و المحتاج الی رحمه «ربّه الغنیّ الوهّاب السیّد علیّ بن السیّد حسین الصالحی» «و الحمد للّه أوّلا و آخرا و ظاهرا و باطنا»

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوی تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبیّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فی المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فی الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فی ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.



مركز القائمية اصفهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩